THÈSE DE
POITIERS.
18 89
N°. 6.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE LA MANUS

EN DROIT ROMAIN

DE LA FORME, DE LA PUBLICITÉ

ET DES FRAIS

DU CONTRAT DE MARIAGE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

PAR

NORBERT DE HERLY

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu
le 5 juillet 1889, à 3 h. du soir,
dans la salle des actes publics de la Faculté.

POITIERS
TYPOGRAPHIE OUDIN
4, RUE DE L'ÉPERON, 4

1889

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547325_0036

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES PARENTS

A MES AMIS

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. THEZARD (I ✠), *Doyen, professeur de Code civil.*

DUCROCQ (✲ I ✠), *Doyen honoraire, professeur honoraire, professeur à la Faculté de Droit de Paris, correspondant de l'Institut.*

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ✠), *professeur de Code civil.*

LE COURTOIS (I ✠), *professeur de Code civil, assesseur du Doyen.*

NORMAND (I ✠), *professeur de Droit criminel.*

PARENTEAU-DUBEUGNON (A ✠), *professeur de Procédure civile.*

ARTHUYS (I ✠), *professeur de Droit commercial.*

BONNET (A ✠), *professeur de Droit romain.*

PETIT (A ✠), *professeur de Droit romain.*

BARRILLEAU (A ✠), *professeur de Droit administratif.*

BRISSONNET (A ✠), *professeur adjoint, chargé du cours d'Économie politique.*

SURVILLE, *agrégé, chargé du cours de Droit international privé.*

DIDIER, *agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.*

M. COULON (I ✠), *secrétaire.*

COMMISSION

PRÉSIDENT : M. ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE.

SUFFRAGANTS : M. LE COURTOIS, M. BONNET, } PROFESSEURS.

M. DIDIER, AGRÉGÉ.

DROIT ROMAIN

DROIT ROMAIN

DE LA MANUS

APERÇU GÉNÉRAL

C'est à travers les longs siècles de l'histoire des sociétés qu'il faut étudier la condition de la femme mariée, pour suivre pas à pas depuis l'ère du régime patriarcal les progrès laborieux de son émancipation.

Les anciens Romains attribuaient à la femme, dans une de leurs superstitions à la fois charmante et pleine d'enseignement, une influence capitale sur les destinées humaines. Rien n'est plus conforme à la réalité des choses : exclue pour ainsi dire, surtout aux premiers âges, de la sphère législative, du domaine du droit public ou privé, la femme exerçait alors, comme aujourd'hui, à l'ombre du foyer domestique, un pouvoir irrésistible dont les conséquences se révèlent à chaque page de l'histoire des peuples.

Dans les pays où la femme est traitée en esclave,

en Orient par exemple, le despotisme étreint le corps social.

Si, au contraire, la femme a conquis son indépendance tout en rejetant les vertus qui sont l'apanage de son sexe, la corruption morale mine, désagrège l'Etat et provoque la décadence.

Enfin, l'on voit prospérer les nations au sein desquelles la femme jouit de la capacité civile et conserve la dignité qui lui convient dans les différents rôles qu'elle est appelée à jouer sur la scène de la vie.

Il faut peut-être chercher dans cette prépondérance occulte de la femme un des puissants motifs qui ont déterminé les législateurs des premiers temps en particulier à n'assigner à cette dernière aucune place officielle marquée dans le domaine des droits publics et privés. Nantie des mêmes pouvoirs et de la même liberté que l'homme, la femme aurait détrôné celui-ci et dirigé le monde (1). Aujourd'hui, dans plusieurs parties de l'Afrique du Sud, de l'Asie, les femmes ont encore le gouvernement de l'Etat et de la famille.

L'étude approfondie de la condition de la femme et sa transformation au cours des siècles ne rentrent pas dans le cadre de notre travail. Il nous suffit de donner un aperçu de la question en ce qui regarde l'époque antérieure à la fondation de Rome, pour éclairer nos développements sur la *manus* dans la législation romaine elle-même.

Les traditions conservées chez les premiers peuples, traditions dont la persistance et l'harmonieux

(1) Dumont d'Urville, t. II, p. 41.

ensemble sont bien de nature à nous retracer, à défaut d'autres documents, le tableau relativement fidèle des institutions évanouies, nous permettent d'inférer que le mariage n'existait pas à l'origine des sociétés. Les relations de voyageurs modernes, tels que Cook et Bougainville, qui ont visité les tribus encore sauvages de l'ancien et du nouveau continent, viennent corroborer, par leur concordance, l'existence de cet état de choses.

A une époque antérieure à toute civilisation, les rapports entre les deux sexes n'étaient réglés ni par les lois, ni par les mœurs. C'est une période de promiscuité et de chaos moral où la famille était inconnue et où la femme, libre de toute entrave, s'abandonnait entièrement aux caprices de la passion ; l'opinion des anciens auteurs, et notamment celle d'Hérodote et de Xénophon, est formelle sur ce point. L'unité sociale était la tribu. Une ombre de groupement se formait autour de la mère, la paternité restait un fait indifférent (1). Si la Genèse nous dépeint le mariage comme une institution qui a présidé à l'éclosion des sociétés, n'oublions pas que les hommes, après leur dispersion, n'obéissant plus qu'à l'instinct du vice le plus effréné, rejetèrent, suivant toute vraisemblance, l'institution divine du mariage.

Plus tard, la famille se constitua : l'état patriarcal succéda à la vie sauvage, et l'humanité pénétra dans la voie du progrès.

Cette révolution se consomma le jour où l'homme, abandonnant l'existence nomade, devint agriculteur

(1) Gide, La condition privée de la femme, p. 30 et s.

sédentaire et s'attacha d'une façon définitive au sol. La paternité prit la place d'honneur dans le domaine juridique et devint le fondement de la famille. Dès lors fut créé le gouvernement domestique, première base de la cité. La puissance du père de famille était absolue. Point de pouvoirs publics ; seul législateur, seul juge, seul prêtre, il avait sur la femme une autorité illimitée. Si Gaïus affirme (C. 1, § 108) que la *manus* ou puissance presque illimitée du mari sur la femme et la *patria potestas* étaient inconnues en dehors du monde romain, c'est que ces institutions avaient déjà disparu du sein des peuples, sous l'effort du temps et du progrès, après avoir étendu leur règne sur bien des nations. Ce point est maintenant hors de doute.

D'après les mœurs primitives, l'homme achète la femme. Dans l'Inde antique, les cérémonies religieuses qui accompagnaient le mariage présentent une remarquable analogie avec celles d'Athènes et de Rome. L'union de l'homme et de la femme peut revêtir huit formes différentes, parmi lesquelles il en est une qui rappelle, trait pour trait, la *coemptio* romaine. La *confarreatio* diffère peu de trois autres formes de la même solennité et, point important à enregistrer, la religion réprouve quelques-unes des huit formes précitées ; l'union légitime ne peut alors se réaliser ; la femme ne tombe pas sous la puissance du mari, mais reste avec ses biens sous la tutelle de sa propre famille. L'Inde a conservé l'empreinte de ce régime. Les Grecs comprenaient dans la même expression (KURIOS) les droits du mari sur la femme, du père sur ses enfants et du maître sur ses esclaves. L'Assyrie et le peuple hébreu vivaient sous

l'empire de cette coutume universelle. Le *mundium* des Germains est l'image de la *manus* romaine : les deux termes ont même racine et même signification (1).

L'étude de l'évolution des sociétés, sommairement tracée en ce qui touche la condition générale de la femme mariée, fournit les conclusions suivantes. Aux premiers âges, le mari est maître de la femme et de sa fortune. Il n'y a ni liberté, ni conventions matrimoniales. Tout pour l'un, rien pour l'autre ! Quand la civilisation élève la femme au rang de compagne de l'homme, nous ne sommes plus en face d'un maître et d'une esclave. Nous avons en présence deux êtres dont l'égalité devant la loi tend à s'établir ; et, de même que la femme s'émancipe au point de vue moral pour devenir une personne libre, de même elle marche à la conquête de son autonomie dans la sphère des intérêts privés. Elle acquiert le droit de conserver son patrimoine et par suite d'en discuter et d'en fixer, d'un commun accord avec le mari, la destination dans l'association conjugale. Mais le progrès se développe lentement : les révolutions juridiques et sociales sont les plus pénibles à effectuer : « Pour parvenir à formuler cette idée que « l'homme est libre, il a fallu déployer plus d'efforts « que pour savoir que la terre se meut autour du « soleil » (2).

Ainsi, le prix d'achat de la femme se transforme en douaire, comme chez les Germains. Le fond de l'opération reste le même, tout en prenant un nom

(1) J. Grimm, Deutsche Rechtsalterthiemer, p. 447.
(2) Ihering, L'esprit du droit romain, t. I, p. 104.

plus doux. Le temps fait un pas : survient alors l'émancipation de la femme : plus d'achat, même déguisé ! La femme se constitue une dot pour subvenir aux charges du ménage. Le mari a seul la jouissance de cette dot, parce que la femme n'est point encore son égale, sa compagne absolue. La fusion entre les deux existences n'est pas complète.

Un nouveau progrès fait entrer la femme en communauté avec le mari. Elle est son associée aux points de vue moral et pécuniaire : l'idéal du mariage est réalisé ! Le berceau de ce système est en France ; c'est là aussi qu'a eu lieu son épanouissement.

L'étude de la *manus*, dans laquelle nous devons nous renfermer le plus possible, ne nous permettra pas de suivre en détail le mouvement ascensionnel de ces transformations.

Rentrons donc dans les murs de l'ancienne Rome.

Une législation rigoureuse plaçait la femme hors des liens du mariage sous la puissance du père ou du chef de famille, ou bien sous l'autorité perpétuelle d'un tuteur. Le mariage la tenait sous la dépendance complète du mari. Les lois, les mœurs assignaient à la femme une de ces trois places dans la vie sociale.

Aux premiers âges de Rome, le père de famille réunit dans ses mains tous les pouvoirs sur les personnes et les biens de ceux qui sont sous sa domination. La fille est sur le même pied que le fils. La capacité est la même. Elle peut, comme lui, souscrire sans autorisation préalable un engagement

(L. 141, § 2, D. XLV, 1. — L. 9, § 2, D. XIV, VI) qui toutefois oblige uniquement sa personne, puisque le patrimoine est la propriété du chef de famille, qui seul peut en disposer ; l'héritage paternel lui est assuré dans une mesure égale à celle du fils.

Mais la puissance paternelle vient-elle à se dissoudre, la femme ne fait que changer de maître et tombe en tutelle pour le reste de ses jours, tandis que le fils pubère acquiert l'indépendance. L'autorisation du tuteur devient nécessaire à la femme pour tous les actes de la vie juridique, et la raison d'être de cet étroit enchaînement est facile à dégager : la femme se trouve désormais à la tête d'un patrimoine acquis par la mort du père et qu'il faut conserver soigneusement dans la famille.

L'organisation de la tutelle, le choix et les pouvoirs du tuteur, la capacité de la femme, tout concourt à réaliser ce but. C'est en vain qu'Ulpien cherche à nous donner le change lorsqu'il veut nous persuader que la tutelle perpétuelle des femmes a été établie « *propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam* ». (Ulp. Reg. t. XI, § 1, *de tutelis*.) Gaïus infirme ce langage en laissant tomber cet aveu intéressant à enregistrer : « *feminas vero perfectæ ætatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur ; nam quæ vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur, et æquum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera.* » (C. I, § 190.) — « *Ea omnia ipsorum causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab*

hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus, susceptoque ære alieno, minus locuples ad eos hereditas perveniat. (C. I, § 192.)

Les biens ne sortiront pas de la famille, car le tuteur désigné par la loi est précisément héritier présomptif de la femme. La tutelle est son bien, sa propriété de famille, dont il peut disposer librement, mais à laquelle personne n'a le droit de toucher. (Gaïus, C. I, § 168.)

Les pouvoirs du tuteur concordent avec le but de l'institution elle-même : ils tendent à sauvegarder le patrimoine de la femme, à l'immobiliser ; rien de plus, rien de moins. Ainsi, le mariage n'impliquant pas en lui-même transport du patrimoine de la femme sur la tête du mari, l'autorisation du tuteur n'est pas requise pour sa validité. Il en est autrement de la *conventio in manum mariti* et de la constitution de dot qui, consacrent le dépouillement de la femme au profit du mari.

Si la femme est soumise, pour les actes les plus importants de la vie civile, à l'autorisation du tuteur (Ulpien, XI, § 27 ; Gaïus, C. II, § 47, 81, 83, 85 ; C. III, § 171), c'est à cause de l'aliénation qu'ils peuvent contenir (1). Il est un acte que le contrôle du tuteur lui-même serait impuissant à valider : c'est le testament (Gaïus, C. I, § 115). La femme ne saurait tirer aucun avantage personnel de la capacité qui lui serait laissée en pareille matière, et, d'autre part, il ne faut pas qu'une faiblesse du tuteur compromette les intérêts de la famille.

Par exception, la femme qui a subi une *capitis mi-*

(1) Gide, La femme, p. 108.

nutio peut tester avec l'autorisation de son tuteur : mais cette faveur a pour but de lui permettre de faire retourner à sa première famille agnatique les biens qu'elle en a reçus et qui viendraient grossir un patrimoine étranger si, par l'effet du testament, ils ne remontaient pas à leur source première.

Le père de famille, maître souverain du patrimoine, avait le droit d'affranchir sa fille de la tutelle de ses agnats en investissant un étranger des prérogatives de ces derniers : c'est la tutelle testamentaire, première brèche faite à la tutelle légitime, dont le déclin et la disparition devaient marcher de pair avec l'œuvre de l'émancipation de la femme.

En contractant mariage, la femme conservait sa situation première, demeurait sous la puissance paternelle ou tutélaire ; ne quittant pas sa propre famille, elle n'était qu'une étrangère dans celle du mari. Mais l'union conjugale pouvait produire des résultats tout différents. La *conventio in manum mariti* rompait les liens de la femme avec sa première famille, pour lui donner entrée dans celle du mari. La puissance paternelle devenait alors la prérogative du mari, vis-à-vis duquel l'épouse était *loco filiæ*. Cette dernière espèce de mariage, par l'effet de laquelle se réalisait l'union des personnes et des intérêts, cadre à merveille avec la conception du mariage chez les Romains : *consortium omnis vitæ*. Elle est, de l'aveu commun, la plus ancienne, et son application générale chez les peuples primitifs, ainsi que nous l'avons signalé, nous permet d'inférer qu'elle était, aux siècles d'enfance de la société romaine, la suite inévitable du mariage. C'est là un point que nous développerons ultérieurement.

Ce régime, d'ailleurs, fut bientôt battu en brèche et démantelé pièce à pièce sous l'influence des agnats tuteurs de la femme qui provoquèrent la création du mariage libre pour conserver le patrimoine de la femme, leur pupille, au lieu d'en faire bénéficier le mari, auquel ils se refusèrent peu à peu à abandonner la *manus*. Les mœurs, les institutions s'altérant en même temps précipitèrent la ruine de l'antique constitution de la famille. Mais la transformation qui s'opéra dans la condition de la femme ne doit pas être exclusivement attribuée à la démoralisation qui envahit le corps social, lorsque l'austère législation romaine eut fait naufrage au contact des éléments dissolvants importés par l'étranger après la conquête du monde. La disparition de la *manus* est la conséquence du progrès réalisé par une grande loi historique : le principe d'égalité morale entre les époux.

L'application de ce principe a ruiné la *manus*, de même que l'heureuse influence de la civilisation a converti en direction protectrice, toute dans l'intérêt de l'enfant, l'antique et souveraine puissance du père de famille.

La *manus* subit un mouvement de déclin qui prépara sa chute. Elle devint inutile au mariage : d'autre part, le mariage ne fut plus nécessaire pour la constituer. Sa réalisation devint bientôt possible entre personnes étrangères l'une à l'autre, et nous verrons qu'après avoir assuré aux premiers âges le fondement de la famille, elle servira d'instrument pour en consommer la ruine.

De même que l'institution, le terme « *manus* » subit une véritable transformation dans le sens qu'on lui devait attribuer. Il est de l'essence des sociétés

primitives de grouper plusieurs idées différentes sous le vêtement d'une seule expression. La langue n'est pas assez riche pour fournir à chaque idée une manifestation correspondante dans l'idiome. Cette économie de mots tend à disparaître par suite de l'avancement de la civilisation. Ainsi le terme « *manus* » embrassait à l'origine la puissance du père en général (1) (Inst. de libert., I, 5) ; mais, le progrès aidant, la compréhension du mot *manus* se restreignit peu à peu. On détacha de l'idée mère une idée secondaire qu'elle renfermait : « le pouvoir du père sur les biens matériels et sur les esclaves », et on lui assigna une expression propre : *dominium*. Une autre idée relevant également de la *manus*, celle de la puissance paternelle sur les enfants, fut isolée à son tour de la souche commune, pour se traduire par le mot *potestas*.

On crée de même le *mancipium*, et la *manus* antique, arrachée de son vaste piédestal, ne correspondit plus qu'à une seule idée, « celle de la puissance du mari sur l'épouse ». C'est une application particulière du pouvoir qu'elle désignait tout d'abord dans son intégralité.

Cette marche ascensionnelle du monde romain dans la voie de l'affranchissement de la femme est souverainement attrayante à suivre pas à pas. On aime à reconnaître les efforts continus et opiniâtres des générations disparues vers l'idéal juridique, à toucher de la main la pierre que chaque siècle ajoute à son tour à l'édifice ébauché.

Malheureusement, en ce qui concerne la *manus*,

(1) Summer Maine, L'ancien droit, p. 299.

si la partie supérieure du tableau se détache en pleine lumière, la base, les traits fondamentaux sont encore dans l'ombre qui cache à nos yeux les origines des institutions.

CHAPITRE I.

PATRICIENS ET PLÉBÉIENS.

Les institutions qui ont atteint une perfection relative, en harmonie avec l'idéal de la raison, nous paraissent tellement conformes au naturel, au bon sens et aux lois de l'esprit, que nous les croirions, sans la connaissance de l'histoire, intimement liées à l'homme depuis l'origine des temps. Et cependant, la législation actuelle, de même que la législation du temps de Justinien, n'est que la résultante du travail des jurisconsultes pendant des siècles.

Cette proposition indiscutable ne doit pas être négligée dans notre étude, et l'on ne saurait trop se prémunir contre l'erreur qui nous porterait à croire que telle institution, dégagée sous Justinien du formalisme antique, n'a pu revêtir à l'origine une forme grossière qui répugne aujourd'hui à notre conception du droit romain. Il faut de toute nécessité faire abstraction de la civilisation acquise à la grande époque de l'empire romain, de notre civilisation juridique actuelle, pour fouiller les origines et reconstituer les productions rudimentaires des premiers âges. Nous entrerons ainsi dans le domaine de l'antiquité sans parti pris, sans idée préconçue, et

nous contemplerons en curieux le fonctionnement probable de la société d'alors, au point de vue de la *manus*.

Les trois modes de *conventio in manum* la *confarreatio*, la *coemptio* et *l'usus)* constituent les formes antiques de mariage à Rome.

A l'époque où nous nous trouvons ainsi reportés, le mariage se confond avec la *conventio in manum*.

« Il n'y a mariage que là où il y a *manus*, comme aussi il n'y a *manus* que là où il y a mariage (1). » Cette opinion a été développée avec beaucoup de force dans une remarquable thèse soutenue en 1888 devant la Faculté de Paris par M. de Chauveron. Il appuie sa théorie surtout sur cette proposition incontestable qu'à l'origine, la religion étant la base de la famille, on n'aurait pu comprendre que la femme fût étrangère aux *sacra* du mari. Pour qu'elle participât à la religion de celui-ci, il était de toute nécessité qu'elle fît partie de sa famille civile, qu'elle devînt son *agnate*. La *manus* n'avait pas d'autre but : « voilà pourquoi il faut voir dans le culte des ancêtres non seulement l'origine de la *manus*, mais aussi la certitude qu'au début elle a été la conséquence nécessaire, absolue du mariage. » C'est dire que le mariage libre, susceptible de produire la légitimité des enfants et de faire naître la puissance paternelle, est entré bien après *conventio in manum* dans le domaine de la pratique à Rome.

Cette théorie est encore loin de réunir les suffrages de la majorité des Romanistes ; si des textes positifs ne

(1) Kuntze, *Excursus*, 2e édit. 1880, p. 581.

l'imposent pas en effet directement à l'esprit, elle se trouve corroborée par une suite de considérations dont l'ensemble constitue un faisceau assez puissant pour en légitimer l'exposition et la défense.

Ce qui frappe tout d'abord celui qui scrute les replis de l'institution, c'est la multiplicité des modes d'acquisition de la *manus*.

A côté de la *confarreatio* surgissent la *coemptio* et l'*usus*. Voilà donc trois moyens pour le mari de réaliser la *conventio in manum*. Ne faut-il pas que cet état de choses procure des avantages bien considérables aux époux, imprime au mariage un caractère et des effets bien précieux, pour qu'on ait convié le mari avec une telle sollicitude à constituer sur ce modèle le fondement de l'union conjugale?

La *coemptio* et l'*usus* sont deux institutions dont le fonctionnement direct s'applique aux droits pécuniaires.

Si les Romanis, d'ordinaire très rigoureux en matière juridique, n'ont pas craint de détourner de leur destination originaire la *coemptio* et l'*usus* pour en faire des instruments susceptibles de fonder la *manus* au profit du mari, c'est que le mariage, dépouillé de ce caractère primordial, demeure frappé de stérilité au point de vue des résultats capitaux qu'il doit produire. Ainsi, l'absence de la *manus* transforme l'union de l'homme et de la femme en un commerce analogue à celui du concubinat des temps postérieurs,

On comprend, du reste, que la conception même du mariage soit intimement liée, dans ces premiers temps, à l'existence de la *manus*. Ce qui distingue en effet la famille romaine, c'est le pouvoir de centralisation

établi au profit de son chef. Tous ceux qui font partie du groupe lui sont entièrement soumis. Une exception en faveur de l'épouse, de la mère dont l'existence s'est fondue par le mariage dans l'existence du mari, eût fait tache à l'harmonie de l'institution. Elle eût compromis l'unité de la famille, dont l'énergique constitution trempa le glaive romain à un point tel que la victoire sur le monde fut le couronnement de cette première éducation sociale.

Nous savons déjà qu'un grand nombre de peuples, congénères dans leurs institutions primitives, avaient établi des formes de mariage d'où fut tirée la *conventio in manum* avec ses trois modes de réalisation.

La *confarreatio* est l'image fidèle du mariage indou (1).

La *coemptio* rappelle la vente des fiancées telle qu'elle est pratiquée par la plupart des peuples primitifs. Il suffit, pour s'en rendre compte, de se reporter à la définition qu'en donne Gaïus (C. I, § 113): « *Imaginaria venditio, adhibitis quinque testibus civibus Romanis, item libripende, asse emente mulierem eo, cujus in manum convenit.* »

Le mariage par *usus* figure dans les anciennes lois du Danemark qui décident « que la concubine devient épouse légitime lorsqu'elle est restée dans la maison pendant trois hivers, que pendant ce temps elle a partagé le lit du maître de la maison, bu et mangé avec lui, et qu'elle a porté ses clefs. » C'est ainsi que, dans l'ancien droit romain, la puissance du mari sur la femme (*manus*) s'acquérait par une sorte d'usucapion d'un an (Gaïus, C. I, § 111). (Voir *Les*

(1) Laboulaye, Conditions des femmes, p. 83 et 112.

anciennes lois du Danemark, par M. Dareste, *Journal des savants*, février 1881.)

L'achat de la femme étant en usage chez les premiers peuples, l'on comprend à merveille que cette dernière se trouve entièrement soumise à la puissance maritale, à l'autorité de celui qui l'a payée. « Ils n'ont, nous dit Homère dans son Odyssée, ni assemblée pour le conseil, ni thémistes, mais chacun a juridiction sur ses femmes et ses enfants, sans se soucier des autres. »

En jetant un coup d'œil sur l'ensemble des constitutions qui planent sur le berceau de Rome, l'on est d'ailleurs aisément amené à décider que le mariage libre, dégagé de tout formalisme, n'a pu coexister dès l'origine avec le mariage chargé des solennités de la *confarreatio* et de la *coemptio* (1) et investissant l'homme du bénéfice de la *manus*. Nous savons en effet, à n'en plus douter, par les monuments qui subsistent de l'ancien droit, par les découvertes incessantes, par les conceptions de plus en plus lucides de la science, que le formalisme s'était implanté dans la Rome antique pour rayonner sur toutes les branches du droit.

Une époque barbare, durant laquelle l'homme est grossier, dominé par les sens, par tout ce qui est tangible, engendre infailliblement des institutions de même nature. L'élément spiritualiste est exclu, comme inconnu, hors de portée. Dans tous les pays, les institutions anciennes revêtent la même physionomie (2).

(1) Le mariage par *usus* a paru à une époque ultérieure.

(2) Esmein, Etude sur les contrats, Nouv. Revue 1880, p. 660 et s.

Rome avait plus d'intérêt que toute autre cité à imposer un droit rigoureux à cette association d'hommes qui s'était constituée dans son sein et que la tradition fait remonter à l'asile de Romulus. C'était, comme les historiens le disent, un amas d'aventuriers, de mécontents, d'exilés accourus de tous les pays. Il n'y avait pas d'usages communs entre les membres de cette société, il n'y avait pas de discipline dans leur existence. Il fallait donc édicter des lois nouvelles très sévères, soumettre la famille à un régime austère sous l'autocratie de son chef, lui assurer l'unité désirable en investissant le mari d'une *manus* universelle sur la femme, les enfants et les esclaves.

L'étude de l'antiquité germanique jette une grande lumière sur la genèse des théories primitives de Rome, et notamment sur la *manus*. L'acquisition du *mundium*, image de la *manus*, est la condition nécessaire de l'union légitime dont elle constitue le préliminaire indispensable. L'absence de cette formalité entraîne l'exclusion des enfants de la famille paternelle.

A l'époque où règnent encore ces coutumes, la législation romaine a déjà donné officiellement asile au mariage libre. Mais, ne l'oublions pas, les fondateurs de Rome, de même que les autres peuples indo-germaniques, ont commencé par vivre sous le même toit, régis par des lois communes, par des coutumes identiques (1). Après la séparation, les uns, nous voulons parler des Romains, mirent en œuvre les matériaux amassés en commun, les éléments du

(1) Ihering, t. I, p. 312.

vieux formalisme et, grâce à leur génie particulier, abandonnèrent assez vite les conceptions de leur jeune âge, pour suivre la pente du progrès et aboutir à un système juridique qui excite encore notre admiration. Les autres, les anciens Germains principalement, végétèrent pendant de longs siècles sous le règne du formalisme qu'ils refusaient de détrôner. L'empire romain avait déjà effectué son évolution que les Germains, comme le fait remarquer M. Mainz dans l'introduction de son Cours de Droit romain, étaient encore presque barbares. Cette lenteur de développement est frappante dans l'histoire du monde. Or, les institutions primitives des deux peuples frères ayant été les mêmes, si les documents font défaut sur les premières manifestations juridiques de l'un, les révélations que des textes authentiques nous fournissent sur le droit du peuple germain, ont une portée décisive au point de vue de l'intelligence des théories de la Rome antique.

Ce caractère du monde primitif mis en lumière, il y aurait déjà, à notre avis, grande témérité à décider, sans preuve directe fournie par les textes, que le mariage, c'est-à-dire l'acte le plus important de la vie, ait été affranchi isolément des entraves de la *manus* et du formalisme qui enserraient le droit romain dans son enfance.

Mais, en dehors des considérations précédentes, que leur généralité abstraite ne permet peut-être pas de regarder comme décisives, nous croyons découvrir dans les textes quelques vestiges de la théorie que nous essayons de reconstituer.

On sait que l'adrogation faisait passer sous la puissance d'autrui un chef de famille avec tous ses

biens et avec toutes les personnes qui lui étaient soumises. La maison dont il était le chef se confondait désormais avec celle de l'adrogeant. Il perdait ses dieux domestiques pour adopter le culte et les choses sacrées de sa nouvelle famille. — C'étaient là des perturbations profondes, des changements qui intéressaient au premier chef la cité et la religion. Dès lors, il était nécessaire, pour consommer de pareilles mutations, d'obtenir le consentement du peuple et l'approbation du collège des pontifes. On demandait dans les comices à l'adrogeant s'il voulait prendre un tel pour fils légitime, à l'adrogé s'il voulait le devenir, au peuple s'il l'ordonnait. L'adrogation ne se réalisait que dans le cas où le collège des pontifes n'y faisait aucune opposition. Aulu-Gelle (Noct. att. 5, 19), nous donnant la formule de l'interrogation adressée au peuple, s'exprime ainsi : « *Velitis, Jubeatis, Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam jure legeque filius sibi siet, quasi si ex eo patre matreque familias ejus natus esset ; utique ei vitæ necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est, hæc ita uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.* » La femme dont les enfants sont soumis à la puissance paternelle en vertu de leur naissance, légitimes par conséquent et issus d'un mariage consacré par la loi, est ici désignée sous le nom de *materfamilias*. Or, dans l'ancienne langue, cette expression sert à qualifier uniquement la femme placée *in manu mariti*, toute autre épouse n'ayant droit de porter que le titre d'*uxor* (Aulu-Gelle, IV, 3 ; III, 2).

Il ressort de cette formule ainsi mise en lumière, qu'il y eut une époque où le mariage, pour assurer au père la puissance sur ses enfants et à ceux-ci la

légitimité, c'est-à-dire pour répondre dans ses effets au nom de l'institution elle-même, devait être accompagné de la *conventio in manum* (1).

De plus, les anciens auteurs nous donnent avec un remarquable accord la même définition du patricien : « *Patrem qui ciere potest* », dit Tite-Live. Cette assurance, dépouillée de toute hésitation, nous permet d'inférer qu'à une époque reculée la législation sur le mariage était celle que les quatre mots de la définition précitée nous fournissent le moyen de retrouver. Le patricien est donc celui qui a un père certain et légitime ; il est même le seul qui bénéficie de cet avantage capital, d'après Denis d'Halicarnasse et Plutarque. Il ne faut pas chercher l'expression d'une autre idée, lorsque Festus nous apprend que jadis patricien et ingénu c'était tout un : « *Patricios Cincius ait in libro de comitiis eos appellari solitos qui nunc ingenui vocantur* » (L. X, 8). L'ingénu était en effet le seul qui eût à Rome un père légalement reconnu. Or, la précédente définition du patricien : « *patrem qui ciere potest* », nous autorise à fondre les deux conditions, puisqu'elles procurent le même avantage, le même état civil. Nous sommes ainsi amené à conclure que la puissance paternelle, la légitimité des enfants et les bénéfices généraux du mariage reconnu et réglementé par le peuple romain étaient attribués aux patriciens, dont ils constituaient un des principaux apanages, à l'exclusion de la caste plébéienne. Cette opinion revêt d'autant plus de vraisemblance que la forme de mariage la plus ancienne, suivant toutes

(1) Karlowa, Formender romischen ehe unh manus, p. 71.

les probabilités, la *confarreatio* (1), est particulière aux praticiens et fermée par conséquent aux plébéiens, comme nous le verrons plus loin. Mais ce qu'il nous importe le plus de dégager et de mettre en lumière, c'est que la *confarreatio* constituait le mode le plus ancien de réalisation de *conventio in manum*. La *confarreatio* étant l'unique forme de mariage applicable aux praticiens et ceux-ci jouissant seuls des bénéfices du mariage, l'on est autorisé à conclure que la *manus*, suite inévitable de la *confarreatio*, était la conséquence obligée de l'union conjugale dans la Rome antique.

La *coemptio* est postérieure à la *confarreatio* : elle fut adoptée dans le but de communiquer le bénéfice de la paternité légitime aux plébéiens. L'*usus* fit ensuite son apparition. Le développement de ces propositions trouvera, du reste, sa place dans le cours de ce travail.

Bornons-nous à émettre l'avis que le mariage accompagné de la *manus* fut tout d'abord le privilège des patriciens (2). Rien, dans cet état de choses, n'est de nature à troubler l'harmonie des institutions romaines. Dans une cité où règne à l'origine une inégalité absolue entre les deux castes patricienne et plébéienne, tout porte le législateur à introduire, jusque dans le mariage lui-même, cette barrière infranchissable entre les deux classes, en attribuant aux plus favorisés le pouvoir exclusif de contracter un mariage produisant la puissance paternelle du mari sur la

(1) Kurtze, *Excursus*, p. 583. — Fustel de Coulanges, La cité antique, p. 375 et s.

(2) Esmein, *La manus, la paternité*, etc. Revue générale de droit et de jurisprudence, t. 7, 1883, p. 1 et s.

femme et sur les enfants. Point d'égalité dans la société romaine ; les droits qui de nos jours appartiennent à chacun, par cela seul qu'il est homme, étaient alors l'apanage de quelques privilégiés (1).

Cette théorie a le mérite de se rattacher d'une manière frappante aux autres phénomènes de l'évolution du mariage à Rome. Ainsi, dans le dernier état du droit, l'union conjugale est permise entre patriciens et plébéiens, entre *ingénus* et affranchis. Nous savons qu'au contraire, avant la loi *Canuléia* pour les uns et la loi *Papia Poppœa* pour les autres, le mariage était interdit entre ces catégories de personnes. Le *connubium* faisait défaut : « *Ne connubium patribus cum plebe esset, decemviri tulerunt* », dit la loi des XII Tables (table XI).

L'on ne s'étonnera pas de voir cette prohibition étendue aux ingénus, en ce qui touche leurs rapports avec les affranchis, si l'on se souvient qu'aux premiers temps, d'après le témoignage de Festus, les termes patricien et ingénu correspondaient à la même personne. La racine du mot ingénu est évidemment renfermée dans cette idée : qui est né dans une *gens ;* mais la signification s'en est amoindrie avec le temps, à mesure que l'antique composition sociale a changé. Ce terme a fini par ne plus se référer qu'à la liberté. Mais c'est peut-être en considération de l'antique condition de l'ingénu, et surtout pour tirer copie de l'ordre de choses adopté à l'égard du patricien et des plebéiens, que le *connubium* n'a pas été établi entre ingénus et affranchis.

(1) Gide, L'enfant naturel et la concubine dans la législation romaine, p. 554.

La communication du mariage aux plébéiens ne suppose-t-elle pas un progrès sur un état de choses antérieur, d'après lequel les patriciens seuls auraient joui du bienfait du mariage ?

Arraché au monopole de la caste privilégiée, ce dernier aurait d'abord été permis aux plébéiens entre eux ; les textes lèvent tous les doutes sur cet état de choses. La loi *Canuléia* nous apprend que le peuple fit ensuite la conquête du *connubium* avec les patriciens eux-mêmes.

Ainsi, l'hypothèse que nous formulons constitue le point de départ de l'évolution du mariage. En remontant plus haut dans le passé, nous sommes aujourd'hui en mesure de pouvoir affirmer avec les documents recueillis qu'il y eut une époque première pendant laquelle l'institution du mariage n'existait pas. Le mariage serait donc le résultat du progrès de la civilisation. Il aurait peu à peu pénétré au sein de la plèbe romaine, pour devenir ensuite une sorte d'instrument de fusion entre les deux ordres : premier résultat de l'affranchissement des plébéiens. Il aurait tout d'abord asservi la femme à l'homme, pour devenir libre plus tard : premier pas de la femme dans la voie de son émancipation.

Comme l'on doit s'y attendre, la théorie exposée ci-dessus est loin d'être la seule à laquelle le point intéressant qui nous occupe ait donné le jour.

Certains auteurs se groupent, en effet, autour de l'opinion qui considère le mariage avec *manus* comme particulier aux plébéiens. Les patriciens auraient toujours vécu sous le régime du mariage libre. La *confarreatio*, dont l'application se limitait à leur caste, ne produisit jamais, dit-on, que des effets religieux.

La femme patricienne demeurait dans sa famille agnatique et n'éprouvait aucun changement d'état. L'origine de la *manus* remonterait à l'enlèvement des Sabines par les plébéiens. Les patriciens n'auraient point, paraît-il, trempé dans cette comédie de mauvais goût : les femmes leur seraient venues par l'emploi d'un procédé plus doux, et la violence n'ayant pas présidé au choix de ces épouses, ils n'auraient jamais exercé sur elles les rigueurs de la *manus*. Au contraire, les femmes des plébéiens conquises par la force devaient être traitées en esclaves, et le mari conservait à leur égard, jusque dans l'union conjugale, ce titre de maître absolu que le droit de la force lui avait attribué.

La séparation des cheveux de la mariée, faite au moment des noces avec un fer de javelot, et qui n'est pas autre chose que la cérémonie de la *hasta cœlibaris* décrite par Festus, constituerait un souvenir parlant de la conquête figurée par la *hasta*, ce symbole par excellence de la propriété quiritaire.

Ce système nous paraît trop artificiel et trop contraire à tous les documents recueillis pour être digne de créance.

La *confarreatio* engendrait la *manus*, et c'est bien tard dans l'histoire romaine que ses effets ont été restreints *ad sacea tantum*. (Gaïus, C. I, § 110 et suiv.) Par suite les patriciens, bénéficiaires exclusifs de cette cérémonie, tombaient sous l'application de la *manus*. Tite-Live n'établit, du reste, aucune distinction entre les deux castes dans l'acte de l'enlèvement des Sabines. De part et d'autre l'on aurait fait main basse sur les femmes ainsi conquises : « *Quasdam forma excellente, primoribus patrum destinatas,*

ex plebe homines, quibus datum erat negotium, domos referebant. » (I, ch. IX.)

Enfin, la loi des XII Tables mentionne la *manus* comme indifféremment applicable aux deux classes, et l'on se demande vainement pourquoi et en vertu de quelle loi les patriciens auraient renoncé au bienfait du mariage libre, pour se courber sous le joug de la *manus*.

Nous ne pouvons pas davantage nous rallier à la théorie, très séduisante d'ailleurs, aux termes de laquelle la *manus*, suite nécessaire du mariage, aurait constitué dès les premiers temps de Rome l'apanage des patriciens et des plébéiens, sans distinction entre les deux ordres (1). Nous admettons toutefois que la *coemptio* s'introduisit à une époque très reculée pour faire participer les plébéiens au régime de la *manus* dans l'union conjugale. Son apparition fut sans doute motivée par le besoin d'établir l'unité dans la législation, et surtout par les inconvénients nombreux qui résultaient pour le peuple du défaut d'organisation des puissances paternelle et maritale. On n'avait du reste qu'à copier la coutume des autres peuples de l'antiquité, chez lesquels le mariage était accompagné de l'achat de la femme par le mari, pour doter Rome de la *coemptio*. Mais il nous paraît bien difficile d'admettre que dans une cité où les droits, les privilèges les plus importants étaient dévolus en partage à la race patricienne, le mariage ait été primitivement étendu aux deux ordres, en les mettant sur le même pied pour la collation de la *manus*.

(1) De Fresquet, Revue hist., t. II, p. 141.

Nous nous demanderons, en dernier lieu, comment le mariage libre a pris place dans la société romaine. Il était en vigueur lors de la promulgation de la loi des XII Tables. Ce point est à l'abri de toute controverse. En effet, la loi citée donnait à la femme le moyen d'interrompre l'*usus* et de se soustraire de la sorte à la *manus mariti*. (Gaïus C. I, § 111.) Il lui suffisait, pour atteindre ce but, de passer trois nuits consécutives hors du domicile du mari. Chaque année, cette voie demeurait ouverte à la femme, l'*usurpatio* imprimait ainsi à l'union conjugale un caractère tout nouveau, mais elle n'empêchait pas à coup sûr les effets du mariage de se réaliser : les enfants étaient légitimes, la puissance paternelle restait intacte. De telles conséquences répondaient évidemment au vœu de la loi des XII Tables, dont il deviendrait impossible de justifier les dispositions en ce qui touche l'interruption de l'*usus*, si l'on admettait que, nonobstant l'*usurpatio*, le mariage produisait les effets précités. L'*usus* devait son introduction au désir très légitime du législateur de placer tous les mariages sous l'application du même régime, celui de la *manus*, qui seul donnait naissance à la puissance paternelle. On élevait ainsi les mariages contractés sans la formalité de la *confarreatio* ou de la *coemptio* à la hauteur des unions fécondées à la source de telles solennités. Il ne serait pas admissible que la loi dont nous parlons ait rétabli l'anarchie dans la famille en refusant d'assigner aux mariages libres qu'elle sanctionnait les effets civils qui nous occupent.

La loi des XII Tables ne fit du reste que compléter la réglementation de l'*usurpatio* en tranchant for-

mellement la question de savoir quel laps de temps il serait nécessaire de soustraire à l'*usus* pour réaliser l'interruption susceptible d'empêcher la *manus* de se produire. Gaïus (C. I, § 111) semble bien nous caractériser cette intervention de la loi des XII Tables dans la matière comme une dernière retouche à un ordre de choses solidement établi.

Persuadés en conséquence que le mariage libre s'est implanté à Rome avant la loi des XII Tables, nous devons nous demander à quelles causes il est possible d'attribuer le premier mouvement de retraite de la *manus*. Faut-il y découvrir un symptôme de décadence ou au contraire un résultat du progrès et de la civilisation ?

L'on a tout récemment fait le procès du mariage libre en montrant avec lucidité qu'il défigure l'institution telle que l'ont comprise les peuples indo-européens. Pour ces derniers, la famille doit être essentiellement une, sous le pouvoir d'un seul chef dont l'autorité centralisatrice assure au groupe entier une cohésion qui défie tous les éléments dissolvants, qui défie la désagrégation. Le mariage libre serait une antique coutume particulière à la population autochthone soumise par les Ariens et formant la dernière classe de la société. Longtemps cantonné dans les rangs de la plèbe, il aurait suivi le mouvement ascensionnel de cette dernière, fonctionnant bientôt dans toutes les classes à côté de la *manus*, finalement refoulé par cette institution rivale. De même le peuple, marchant à la conquête de ses droits, parvenait à ruiner l'antique prépondérance patricienne (1).

(1) Bernhoft, Staat und Recht der romischen Konigszeit, p. 179 et s.

La généralité des auteurs, aux yeux desquels les idées précédentes, encore trop peu étayées, n'ont que le mérite de la nouveauté, persiste à considérer l'apparition du mariage libre comme l'expression d'un progrès. La distinction ainsi établie entre le mariage et la puissance maritale dénote une finesse d'analyse déjà développée. Les mœurs perdent un peu de leur vieille rigidité, puisque la femme conserve sa personnalité juridique dans ce nouvel ordre de choses, en précipitant ainsi l'heure de son émancipation.

Toutefois, de telles conceptions nous paraissent insuffisantes pour embrasser complètement les causes de l'évolution étudiée. La *manus*, nous le savons, détruisait la puissance du père sur sa fille et, en cas de mort du père, transportait sur la tête du mari le patrimoine acquis par la femme à la suite de cet événement. C'était d'un côté dépouiller le père de tout pouvoir sur son enfant, et de l'autre enlever aux tuteurs, agnats de la femme et ses héritiers présomptifs, une fortune que les règles de la dévolution légale leur destinaient. De semblables mécomptes devaient à la longue singulièrement peser à ceux qui en étaient les victimes.

Il vint un temps où le respect dû à une institution qui semblait faire corps avec le mariage ne s'imposa plus assez fortement aux esprits irrités pour refouler l'impatient désir des pères de conserver leur puissance et des tuteurs de garder la fortune promise. Le mariage libre fut précisément l'institution que l'on créa pour donner satisfaction aux plaignants. Il en résulta que les mariages augmentèrent en nombre et devinrent plus faciles à conclure, le père n'étant plus nécessairement astreint à la perte de sa puis-

sance en donnant son consentement, et les tuteurs n'ayant plus à subir cette dure alternative de refuser leur autorisation à la conclusion de la *manus* et par suite du mariage ou de se faire en passant outre les propres instruments d'un désastre financier dont ils étaient les seuls à souffrir.

Il n'est pas trop hardi de conjecturer que l'innovation pourrait bien remonter à Servius Tullius. Le cens et la constatation de la quantité de *res mancipi* possédées par chaque citoyen devinrent à cette époque la base du classement politique. L'intérêt et l'honneur des familles exigeaient donc que le patrimoine fût mis à l'abri des amoindrissements occasionnés par le transport sur la tête du mari, comme suite de la *manus*, de tous les biens de la femme placée en tutelle.

Abordons maintenant la description des trois modes d'acquisition de la *manus*. Cette étude nous permettra de déterminer plus facilement ensuite dans quel ordre les formes précitées firent leur apparition dans le droit romain.

CHAPITRE II.

MODES D'ACQUISITION DE LA MANUS.

SECTION I. — LA *confarreatio*.

La *confarreatio* revêt avant tout le caractère d'une cérémonie religieuse. Gaïus (C I § 112) et Ulpien (Tit. 9) nous font la description de cette solennité. Voici en quels termes s'exprime Ulpien : « *Farreo convenit uxor in manum, certis verbis, et testibus decem præsentibus, et solemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur.* »

La *confarreatio* est donc une solennité destinée à faire tomber la femme sous la *manus* maritale. Un sacrifice est accompli en présence de dix témoins, destinés sans doute à représenter les dix curies, cet antique classement de la cité.

L'importance de l'acte se déduisait sans peine de l'importance de la publicité. Un pain de froment était probablement partagé entre les époux qui le mangeaient dans une sorte de communion, touchant symbole de la fusion des deux existences qui se réalisait, image saisissante et poétique des joies et des douleurs qui vont assiéger la couche nuptiale et dont

il faudra que chacun des époux supporte la moitié. « *Nuptiæ sunt conjunctio viri et mulieris, consortium omnis vitæ.* » (L. I, D. 23, 2.) Telle est la définition du mariage romain, définition qui correspond si bien à l'idéal de l'institution.

Hâtons nous d'ajouter que des trois modes d'acquisition de la *manus*, la *confarreatio* est le seul qui produise directement cette puissance et réunisse en même temps les caractères d'une institution matrimoniale et religieuse. Or, on sait qu'à l'origine le droit civil, sur bien des questions, se confondait avec le droit sacré. Aussi n'éprouvons-nous aucune hésitation à décerner à la *confarreatio*, ainsi que le prouvent les développements précédents, le droit d'aînesse sur la *coemptio* et l'*usus*.

La *confarreatio* comportait aussi la prononciation de paroles solennelles dont les auteurs ne nous ont transmis ni le texte, ni le sens. Mais tout porte à présumer que l'on procédait par interrogations successives, comme dans l'adrogation. Le mari déclarait, sur la demande qui lui en était adressée, vouloir bien accueillir la femme dans sa famille. La femme, répondant à une autre interrogation, donnait son consentement à l'établissement de la *patria potestas* du mari, et enfin les témoins *testimonium perhibebant*.

Cette antique solennité présentait une grande complication qui doit être prise en considération, si on veut en croire Tacite (Annales, liv. IV, ch. XV), pour expliquer sa disparition.

Nous avons déjà fait connaître, suivant en cela l'opinion de la majorité des auteurs, que la *confarreatio* était un monopole entre les mains des patri-

ciens. Le culte public fut pendant longtemps, tout le monde s'accorde sur ce point, le privilège de la classe patricienne. Or, personne ne met en doute le caractère essentiellement religieux de la *confarreatio*. « *In sacris nihil religiosius confarreationis vinculo erat* », dit Pline. Les enfants nés *ex farreatis nuptiis* étaient les seuls, au témoignage de Gaïus (C. I, § 112), capables d'être investis des fonctions de Flamines majeurs et de rois du sacrifice. Or, les candidats à la première charge sont qualifiés de *patricios* par Tacite (Ann. l. IV, ch. XV) et les rois du sacrifice furent toujours choisis dans la caste patricienne. Les enfants issus des unions ainsi réalisées étaient désignés sous le titre significatif de *patrimi* et de *matrimi* (Servius, Géorgiques, I, 31).

Le droit sacré leur attribuait donc, à l'exclusion de tous autres, le caractère d'*ingenui*. Le droit civil devait concorder sur ce point avec le droit sacré dont il était, à l'origine, en quelque sorte l'émanation. Ne peut-on pas tirer de ces conclusions un nouvel argument en faveur de la théorie qui préconise le règne primitif du mariage avec *confarreatio et manus* ?

Il ressort de tout ce qui précède que la *confarreatio* demeura toujours l'apanage de la classe patricienne.

Pour contracter mariage sous cette forme, le consentement de la femme était nécessaire. Elle le donnait en répondant à la demande qui lui en était faite, si l'on admet que la procédure suivie était la même que celle de l'adrogation. En outre, l'établissement de la *manus* ne pouvait se réaliser qu'avec l'assentiment du père de la femme, si celle-ci était *filiafamilias*. « *Quæ (patre) auctore, cum in po-*

testate esset, viro in manum convenerit. » (*Collatio*, titr. IV, § 2.) Le consentement des tuteurs était requis lorsque la femme était *sui juris* : « *In manum, inquit, convenerat.... Coemptione ? Omnibus ergo auctoribus...* ». (Cicéron, *pro Flacco*, XXXIV, 84.)

SECTION II. — LA *coemptio*.

La *manus* s'établissait encore par ce mode qui nous est indiqué par Cicéron dont nous venons de rappeler le témoignage.

La *coemptio* était la mancipation solennelle de la femme au mari qui s'en portait *coemptionator*. « *Coemptione in manum conveniunt per mancipationem, id est, per quamdam venditionem, adhibitis non minus quam* v *testibus civibus Romanis pueribus, item libripende, asse emente mulierem eo, cujus in manum convenit.* » (Gaïus, C. I, § 113.)

On pourrait être tenté de considérer la *coemptio* comme une vente pure et simple, reproduction fidèle de la vente des fiancées en usage presque général chez les peuples primitifs. Cependant une étude plus approfondie de ce mode d'établissement de la *manus* nous permet de conjecturer que la *coemptio* a seulement le cachet de la mancipation et qu'elle n'est pas une vente brutale des jeunes filles.

La mancipation fut choisie pour fonder la *manus* parce qu'elle était d'une application générale dans le droit romain et qu'il était plus simple de l'employer par analogie, en cette matière, que d'inventer une nouvelle solennité qui aurait inutilement compliqué la législation.

La femme figure dans l'acte comme partie contractante plutôt que comme objet vendu. « *Cum marito suo facit coemptionem* » (Gaïus, C. I, § 114). Le père, si elle est *filiafamilias*, ne participe à la cérémonie que comme *auctor* (*Collatio*, tit. IV, § 2). Le tuteur ne joue pas d'autre rôle auprès de la femme, lorsque celle-ci est *sui juris* (Cicéron, *pro Flacco*, XXXIV, 84).

Il faut remarquer, en dernier lieu, que les paroles prononcées dans la *coemptio* diffèrent essentiellement de celles employées dans la mancipation ordinaire qui comporte les expressions en usage pour l'achat des esclaves. Il en résulte que les personnes livrées *in mancipio* tombaient en quelque sorte au rang d'esclaves, tandis que la femme livrée *in manu mariti* jouissait d'une situation beaucoup moins précaire (Gaïus, C. I, § 123).

En résumé, la *coemptio* emprunte le manteau de la mancipation qui s'adapte assez facilement à elle, mais elle produit des effets particuliers.

Nous n'aurions plus rien à dire sur la *coemptio* si quelques auteurs n'avaient soutenu, en s'appuyant sur des textes peu probants, que la *coemptio* s'appliquait au mari comme à la femme, cette dernière opérant à son tour une sorte d'achat sur la personne du mari avec le concours de la *coemptio*. Cette théorie n'a pas trouvé de partisans : aussi n'en ferons-nous qu'un exposé sommaire.

Voici le premier texte qui sert de base à ce système: « *Nubentes veteri lege Romana asses tres ad maritum veniens solebat adferre ; atque unum quem in manu tenebat, tanquam emendi causa, marito dare ; alterum quem in pede habebat, in foco Larium*

familiarium ponere; *tertium in sacciperio quem condiderat*, *compito vicinali solere resonare.* » (Nonius, *de proprietate*, Sermon XII, 50.)

On prétend que les expressions *tanquam emendi causa* se rapportent au mari qui constituerait par suite l'objet de l'achat. Une pareille interprétation n'est pas soutenable. On ne conçoit pas pour quel motif cette coutume de remettre les trois as au mari est regardée par les adversaires comme particulière à la *coemptio*, alors que l'auteur l'étend par la généralité des expressions à tous les mariages. Et puis, est-il admissible que l'égalité prétendue soit susceptible de régner entre les époux, lorsque le mari est investi des droits de la *manus* à l'encontre de la femme qui revêt à son égard la personnalité d'une fille ?

Boëce, dans son commentaire des Topiques de Cicéron, donne de la *coemptio* la définition suivante : « *Coemptio certis solemnitatibus peragebatur et sese in coemendo invicem, interrogabant, vir ità : an sibi mulier materfamilias esse vellet ? Illa respondebat velle. Itaque mulier in viri conveniebat manum et vocabantur hæ nuptiæ coemptionem, et erat mulier materfamilias viro loco filiæ.* » Cette description d'une solennité disparue au v^e^ siècle a été faite suivant le caprice de l'auteur. Elle n'a du reste point convaincu les commentateurs, pas plus que l'opinion d'Isidore aux yeux duquel « *maritus et uxor invicem emebant ne videretur ancilla uxor.* » Isidore dissertait sur une époque dont il ne pouvait pas bien connaître la législation.

Nous devons nous en tenir à la théorie de Gaïus, aux termes de laquelle la femme ne descend pas à la

condition d'esclave après la *coemptio*, non point parce qu'il y a vente réciproque, mais par le motif que les termes employés dans la *coemptio* sont différents de ceux en usage dans la mancipation, ce qui explique la dissemblance des effets produits (Gaïus, C. I, § 123). Enfin, la *coemptio* peut être établie *matrimonii causa aut fiduciæ causa* (Gaïus, C. I, § 114); or, est-il possible d'appliquer à la *fiducie* la théorie que nous combattons et d'après laquelle la femme achèterait elle-même celui qui doit la revendre immédiatement après ? (Gaïus, C. I, § 115 et 115 a.)

Plutarque rapporte dans ses Questions romaines que l'on demandait à la femme qui elle était ; lorsqu'elle arrivait à la demeure de son époux, elle répondait : « *ubi tu caïus ego caïa* ». Ces mots ne constituaient assurément pas un symbole d'égalité applicable à la situation de la femme mariée sous la *coemptio*. Plutarque ne vise nullement la *coemptio* en particulier ; il formule une idée qui embrasse tous les mariages et aux termes de laquelle les paroles prononcées sont la déclaration de vie commune, le *consortium omnis vitæ* ; or, tous les mariages comportent ce résultat et non pas seulement ceux que la *manus* accompagne ; c'est là un principe qui plane sur l'institution du mariage elle-même.

Pour la *coemptio* comme pour la *confarreatio*, la femme doit obtenir le consentement de son père si elle est *filiafamilias*, ou de ses tuteurs si elle est *sui juris* (Cicéron, *pro Flacco*, XXXIV, 84).

La *coemptio* eut probablement pour but de communiquer aux plébéiens l'institution de la paternité légitime et de l'agnation. Mais si la *coemptio* ne fut

d'abord en vigueur qu'entre plébéiens, comme on le prétend sans preuves bien décisives, cet état de choses cessa d'exister le jour où les mariages furent permis entre les deux ordres.

SECTION III. — L'*usus*.

D'après la loi des XII Tables, les objets mobiliers s'acquéraient par l'usage, c'est-à-dire par la possession d'une année. Le mode d'acquisition (*usucapio*) fut appliqué même à la femme ; elle tombait sous la *manus* du mari lorsque, depuis le mariage, elle avait été possédée par lui pendant une année sans interruption (*velut annua possessione usucapiebatur*). Si la femme voulait éviter cette puissance, elle devait chaque année s'éloigner trois nuits de suite du toit conjugal (*quotannis trinoctio abire*) (Gaïus, C. I, § 111). Les nuits ainsi calculées n'entraînaient le résultat cherché que si elles étaient bien entières. Aulu-Gelle (Noct. att. l. III, ch. II) suppose qu'une femme, vivant depuis les calendes de janvier avec l'homme qu'elle doit épouser, cherche à accomplir une absence de trois nuits le quatrième jour avant les calendes du mois de janvier suivant. L'auteur déclare que les trois nuits ne peuvent être complètes, puisque six heures appartiennent à l'année suivante.

Comme nous l'avons déjà dit, le texte de Gaïus démontre que l'*usucapion* était génératrice de la *manus* même avant la loi des XII Tables. Cette loi n'eut d'autre but que de fixer les délais d'une manière précise ; on mettait de la sorte un terme aux incertitudes et aux discussions portant sur le

temps plus ou moins long qui était nécessaire à l'*usurpatio*.

Il nous paraît logique de décider, à l'inspection des textes signalés, que dans la loi des XII Tables la *manus* est considérée comme une suite naturelle, mais non plus nécessaire, non plus inséparable du mariage. La loi indique elle-même, en effet, comment la femme peut échapper à la *manus* par l'*usurpatio*. Mais cette législation doit être, selon nous, le résultat d'une évolution bien intéressante de l'*usus*. Nous essaierons, dans le chapitre suivant, de retracer d'une façon sommaire le cycle parcouru par cette institution.

L'*usus* s'appliquait, à n'en pas douter, aux mariages dans lesquels la *confarreatio* et la *coemptio* n'ayant pas été employées pour réaliser la *manus*, l'on n'avait procédé qu'à une simple tradition de la femme. Le but du mariage, tel que le concevaient les anciens Romains, n'était pas atteint, puisque la puissance maritale n'existait pas ; l'*usus* servait d'instrument pour établir la *manus*.

Dans le domaine des droits pécuniaires, lorsque l'on recevait une chose *mancipi* par la simple tradition, sans l'intervention d'un ancien mode légitime d'acquérir, la chose ainsi tombée dans le patrimoine y entrait seulement *in bonis*. L'*usucapion*, effectuée suivant les conditions et les délais requis, avait pour conséquence la transformation de la possession *in bonis* en propriété quiritaire, en domaine romain (Gaïus, C. II, § 41, 42 et 43). L'*usus*, à l'instar de l'*usucapion*, opérait le changement de la simple cohabitation des époux, seul résultat que la tradition de la femme produisît à l'origine, en mariage légi-

time destiné à donner naissance à la *manus* et à la puissance paternelle.

Cicéron nous indique, dans son discours *pro Flacco*, la nécessité du consentement du tuteur *agnat* ou du chef de famille pour que l'*usucapion* soit susceptible de se réaliser : « *In manum convenerat. Nunc audio ; sed quæro, usu an coemptione ? Usu non potuit ; nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui.*

La volonté de la femme était également nécessaire pour donner efficacité à l'usucapion. Si le mari l'empêchait, en employant la violence, de quitter le domicile conjugal durant les trois nuits réglementaires, sa possession se trouvait entachée d'un vice capital qui la rendait impropre à fonder un droit. (Inst. L. II, T. VI, 3 et 5.)

Si, au temps de Cicéron, le père de famille et les tuteurs jouissent, comme nous venons de le constater, de la faculté d'empêcher l'*usus* de s'accomplir, il faut bien se garder d'en conclure que cet état de choses a primitivement régné à Rome. L'*usus*, nous le disons par anticipation, a été introduit à la suite de la *confarreatio* et de la *coemptio* pour ramener tous les mariages sous le régime de la *manus*. Les unions réalisées sans le concours de l'une ou l'autre des deux premières étant dépourvues d'efficacité au début, il était nécessaire, si l'on voulait établir dans chaque famille le pouvoir central du père, de transformer en mariages légitimes toutes les unions contractées en dehors des deux formes précitées. L'*usus* amena ce résultat, mais la *manus* suivait inévitablement l'année de possession sans que le père ou les tuteurs aient le pouvoir d'y mettre

opposition. Le mariage libre n'était pas né. A son avènement, le père, conservant sa puissance, fut en droit de reprendre sa fille avant l'expiration de l'année fatale, et la loi des XII Tables établit le *trinoctium* d'absence pour consommer l'*usurpatio*.

Les tuteurs *agnats* finirent, eux aussi, par être protégés, à l'instar du père, contre l'accomplissement de l'*usus*. C'est la législation en vigueur au temps de Cicéron : rien de ce qui fait partie d'une tutelle légitime ne peut être *usucapé* sans le consentement des tuteurs. Or, l'*usus* est créé à l'image de l'*usucapion* et la femme est bien certainement ce qu'il y a de plus intéressant dans une tutelle. Elle ne saurait donc être *usucapée* sans l'agrément des tuteurs (Cicéron, *pro Flacco*, XXXIV, 84).

Telle est, en peu de mots, la marche de l'institution.

Terminons en observant que l'*usus* ne saurait vivifier une union en y attachant la puissance paternelle et la *manus* lorsque le *connubium* n'existe point entre les conjoints. Ainsi, ce double monopole des mariages légitimes ne pouvait être étendu avant la loi *Canuleia* aux unions intervenant entre *patriciens* et *plébéiens*. Le langage de Tite-Live (Liv. IV, ch. 1, 2) et la discussion soulevée par Canuleius démontrent péremptoirement que l'établissement du *connubium* entre les deux ordres répond à une innovation capitale et ne peut être interprété comme la remise en vigueur d'un état de choses temporairement suspendu.

CHAPITRE III.

ORDRE D'APPARITION DES TROIS MODES DE LA *conventio in manum*.

L'importante question soulevée par le titre même de ce chapitre nous semble quelque peu éclairée par la description des trois modes d'acquisition de la *manus*. Nous posons le pied, en l'abordant, sur un terrain dont les couches ont été, chemin faisant, à demi analysées.

La *confarreatio*, ainsi que nous avons cherché à l'établir, est, suivant toute vraisemblance, le mode le plus ancien de *conventio in manum mariti*. Du reste, les systèmes sur ce point important sont nombreux. Les opinions des auteurs, en ce qui touche la matière, diffèrent si profondément les unes des autres que l'on voit tour à tour la *confarreatio*, la *coemptio* ou l'*usus* surgir en premier lieu dans la législation romaine avec droit d'aînesse sur les autres modes.

Suivant certains auteurs, la *coemptio* tiendrait la tête. Dans la *coemptio* apparaît clairement reconnaissable la forme la plus ancienne du mariage romain. La *confarreatio* contenait les vieilles cérémonies religieuses du mariage dans leur forme originaire ; mais nous ne pouvons douter que l'existence indé-

pendante de la *confarreatio*, se suffisant à elle-même, n'ait été le résultat d'une évolution (1).

Nous n'avons plus à revenir en détail sur les motifs qui nous ont déterminé à donner la priorité à la *confarreatio* sur les autres modes de *conventio in manum*. Ces développements ont trouvé leur place dans l'exposé de la théorie sur le règne primitif de la *manus* qui, étant alors l'apanage des patriciens, devait se réaliser par la *confarreatio*. Nous n'avons d'autre but, en ce chapitre, que de résumer et de grouper en un faisceau les divers éléments de la question.

Des auteurs considérables ont soutenu que les trois modes de *conventio in manum* résultaient d'apports distincts faits à la législation commune par les diverses tribus dont la fusion donna le jour au peuple romain. L'ordre chronologique serait alors le suivant : 1° l'*usus* ; 2° la *coemptio* ; 3° la *confarreatio*. L'*usus* aurait d'abord commencé à s'introniser dans la classe populaire, où il aurait été longtemps appliqué avant de devenir commun aux deux ordres (2).

Tous ces systèmes constituent des hypothèses qui n'ont de racine dans aucun texte probant : aussi persistons-nous à donner la priorité chronologique à la *confarreatio*.

Cette opinion une fois admise, il importe de connaître le rang qu'il convient d'assigner à la *coemptio* et à l'*usus* par rapport à la *confarreatio*.

Des auteurs prétendent que l'*usus* a dû précéder la *coemptio* qui aurait été inventée dans le but de

(1) Loening, Geschichte des deutschen Kirchenrechts, t. II, p. 578.

(2) Mac Lennan, Primitive mariage, p. 7 et s.

supprimer l'année de stage indispensable pour acquérir la *manus* par le mode de l'*usus*. Il était nécessaire de couper court à la situation équivoque et anormale des conjoints avant l'accomplissement de l'*usus* et la transformation de leur union en légitime mariage. D'ailleurs, ajoute-t-on, l'analyse de cette institution, encore imprégnée d'une rudesse toute primitive, tend à faire adopter la même conclusion avec d'autant plus de fondement que l'*usus* se rencontre chez d'autres peuples congénères à une époque reculée.

Cette théorie peut soulever des objections très sérieuses. L'*usus* est en effet l'image fidèle de l'usucapion aux yeux des Romains. Gaïus le déclare expressément : « *Usu in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat ; nam velut annuâ possessione usucapiebatur* ». Or, chacun sait que l'usucapion ne s'accomplit qu'autant qu'elle repose sur une *justa causa*, c'est-à-dire sur un fait juridique impuissant à lui seul à réaliser l'état des choses procédant de l'usucapion acquise, mais trahissant chez les parties l'intention bien arrêtée d'obtenir ce résultat. Cette donnée suppose que le mariage libre était déjà en vigueur à Rome lors de l'apparition de l'*usus* et que les conjoints contractaient spontanément leur union sous ce régime ; sinon, la *justa causa* leur aurait fait défaut. Il eût été impossible en effet de leur attribuer l'intention de contracter un mariage légitime en fondant la vie commune sans recourir à la *confarreatio* ou à la *coemptio*, formalités indispensables, suivant nous, à une première époque, pour aboutir à l'union légitime.

Si l'*usus* est contemporain du mariage libre, qui

est la manifestation d'un grand progrès réalisé, son apparition dans la société romaine est trop récente pour avoir précédé celle de la *coemptio*.

On prétend, il est vrai, sans le démontrer toutefois, que l'*usus* dans son enfance ne devait pas être assujetti aux principes régissant l'usucapion du droit classique. Cette conception nous touche peu, car elle serait trop subsidiaire, même en la déclarant fondée, pour faire contrepoids aux motifs qui nous portent à adopter la théorie d'après laquelle l'*usus* est postérieur à la *coemptio*, qui cède elle-même la première place à la *confarreatio*.

Régnant seule dès le début et applicable exclusivement entre patriciens, la *confarreatio* ne pouvait suffire à la société romaine dont la classe la plus nombreuse, privée du bienfait des *justæ nuptiæ*, était condamnée à subir le concubinat aux lieu et place du mariage légitime. Les enfants plébéiens, devant la loi, avaient une mère et point de père, des cognats et point d'agnats (1). Il fallait mettre un terme à l'anarchie qui se déclarait ainsi dans la famille, et communiquer aux plébéiens l'institution de la paternité légitime et de l'agnation. Le but était donc de créer à leur usage une solennité susceptible de donner naissance à la *manus* dont l'existence constituait encore le *criterium* de l'union légitime. On ne peut guère présumer, eu égard au résultat visé, que la nouvelle institution qui était mise à la portée des plébéiens, les ait fait bénéficier de la *manus* seulement après une année de cohabitation entre conjoints, les conditions voulues étant en outre remplies. Le

(1) Esmein, la *Manus*, p. 4.

remède apporté au désordre qui minait le corps social n'eût pas été assez énergique ; une réforme aussi incomplète, devant les aspirations populaires, aurait été jugée et condamnée d'avance.

Ce n'est donc pas l'*usus* qui fit d'abord son entrée dans le monde juridique. La *coemptio* nous paraît l'y avoir précédé (1). Grâce à cette cérémonie, la *manus* devenait, dès le début de l'union conjugale, le régime de l'association nouvelle. L'unité s'implantait dans la famille et, avec elle, cette force de résistance qui devait assurer la victoire de Rome sur le monde.

Les formalités compliquées de la *confarreatio* étaient de nature à provoquer insensiblement l'abandon de cette cérémonie ; tel est du moins le témoignage de Tacite : « *accedere ipsius ceremoniæ difficultates quæ consulto vitarentur.* » (Annales, l. IV, ch. XVI.)

De telles entraves ont dû peser dès le début à la classe patricienne : aussi sommes-nous porté à croire que la *coemptio* fut, à son avènement, une institution commune aux deux ordres. Mais les plébéiens devaient nécessairement y recourir pour établir la *manus*, tandis que les patriciens avaient probablement le choix entre les deux modes de *conventio in manum*.

Gardons-nous cependant d'oublier qu'à la *confarreatio* se trouvaient attachés des bénéfices particuliers qui étaient complètement étrangers à la *coemptio*.

Ce n'était pas assez pour le législateur romain d'offrir au peuple entier le bénéfice des *justæ nuptiæ* et de la paternité légitime ; il était nécessaire de communiquer cette situation aux conjoints qui, par

(1) Karlowa, op. cit., p. 71. — Fustel de Coulanges, op. cit., p. 375.

négligence ou par indifférence, n'auraient pas accompli, suivant le rite prescrit, les formalités de la *confarreatio* ou de la *coemptio*. La voie étant ainsi ouverte, il fallait encore se préoccuper de la transformation en *justes noces* des unions contractées sans qu'il y ait eu recours en aucune manière à l'une ou à l'autre des deux solennités précitées. L'*usus* fut appelé à procurer ce double résultat. L'*usucapio*, dont il est l'émanation, servit d'abord à valider les *mancipationes* et les *in jure cessiones* irrégulières ; elle eut pour effet de remplacer, en dernière analyse, par les résultats qu'elle procurait, la *mancipatio* et l'*in jure cessio*. Malgré l'emploi de la tradition pour aliéner une *res mancipi*, l'*usucapion* engendrait donc au profit de l'acquéreur la propriété *quiritaire*. Ce fonctionnement parallèle des deux institutions est digne de remarque ; il cadre si bien avec l'esprit juridique des Romains que l'on est porté à le regarder comme calqué sur la réalité.

Le but de l'*usus* tendait, à l'origine, à ramener au bout d'un an tous les mariages au droit commun. L'*usurpatio* n'existait pas encore ; elle n'eut sa raison d'être que depuis l'introduction du mariage libre. Avant l'établissement de cet ordre de choses, si le législateur avait mis en vigueur la théorie de l'interruption de l'*usus*, il aurait favorisé le concubinat au lieu d'y mettre un terme, puisque l'*usus* n'avait d'autre portée que la conversion des unions de fait en unions légitimes.

Le mariage libre prit bientôt sa place à côté de la *manus*. Une véritable révolution s'ensuivit, et le législateur changea le point de direction de la société romaine. Un souffle d'émancipation passa sur la cité

et les institutions suivirent à leur tour le nouveau courant.

La nécessité de l'établissement de la *manus* par le fait de l'*usus* ne s'imposa plus, puisque le mariage revêtait toutes les conditions légales en dehors de la *manus*. On commença donc à battre en brèche ce vieux régime par l'admission de l'*usurpatio* qui permettait d'éviter l'accomplissement de l'*usus*. La loi des XII Tables établit sur ce point des règles précises en fixant le droit déjà existant avant sa promulgation.

Nous touchons ainsi à la question du déclin et de la disparition lentement effectuée de la *manus*. C'est dans l'un des chapitres suivants que nous essaierons de dégager cette période de l'évolution finale de notre institution. Cherchons d'abord à exposer les effets de la *manus*, puis ses modes de dissolution.

CHAPITRE IV.

DES EFFETS DE LA MANUS.

La *manus* produit sur la personne e sur les biens de la femme des effets considérables. Ils concernent son ancienne et sa nouvelle famille.

En ce qui regarde ses rapports avec son ancienne famille, la femme subit une *minima capitis deminutio*.

Tout son patrimoine tombe dans la propriété du mari. Son père naturel voit s'évanouir les privilèges fondamentaux de sa puissance. Il n'a plus la faculté d'envoyer à gré le *repudium* au mari de sa fille et de reprendre cette dernière quand bon lui semble. « *Emancipatæ vero filiæ pater divortium in arbitrio suo non habet.* » (L. 5, C. 5, 17.) La *manus* engendre à ce point de vue les mêmes conséquences que l'émancipation de la femme. Toutefois, le père conserve encore le droit de tuer sa fille, s'il la surprend en délit d'adultère. « *Secundo vero capite permittit pater, filias suas, quas in potestatem habet, ut in ea, quæ auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit, adulterum domui suæ generive sui deprehenderit, in quem eam rem socerum adhibuerit, ut is pater*

cum adulterum sine fraude occidat, ita ut filiam in continenti occidat. » (Collatio leg. mosaïc. et rom. Tit. IV, § 2.)

Si l'on envisage la situation de la femme à l'égard de son ancienne famille en ce qui touche le patrimoine, on est amené à constater qu'elle perd tous les droits dérivant de l'agnation. En revanche, les privilèges résultant de la cognation demeurent attachés à sa personne. Voilà pourquoi le préteur accorde à la femme *in manu* la *bonorum possessio unde cognati*. Lorsque la puissance du mari tombe, ainsi que l'agnation de la femme avec la famille de ce dernier, la *bonorum possessio contra tabulas* ou *unde liberi* est de nouveau attribuée à la femme, à l'instar des enfants émancipés.

Ces notions sont élémentaires et connues de tous, nous n'avons donc point à insister ; il suffit également de mentionner la plupart des effets de la *manus* qui ne présentent à l'étude qu'un intérêt secondaire.

Les liens de la femme *in manu* avec son ancienne famille sont donc juridiquement rompus dans ce qu'ils avaient d'essentiel. Entrons à présent dans la nouvelle famille pour y déterminer la situation faite à l'épouse *in manu*.

Le mari acquiert sur la personne de la femme les droits qu'il aurait sur une fille soumise à sa puissance. La femme est *loco filiæ* par rapport à lui. Les textes concordent sur ce point. (Gaïus, C. I, § 111, 114, 115 bis, 118, 136 ; C. II, § 139 ; C. III, § 3. Ulpien, XXII, 14. — Coll. leg. mosaïc. Tit. 16, § 2.) Les mots *manus* et *potestas*, nous le savons, sont quelquefois employés comme synonymes. (Servius, *ad Æneid.* IV, V, 103. — Tite-Live, XXXIV, 27. — Ulpien,

L. 4, D. 1, 1.) Le mari exerce donc sur la femme la puissance paternelle. Il faut ajouter cependant que cette autorité est tempérée par le tribunal de famille dont l'établissement est une garantie contre l'abus du mari.

Ce dernier a le droit de vendre sa femme, de même qu'il a le droit de vendre ses autres enfants (Gaïus, C. I, § 118, 118 bis). En pratique, il est bien probable que cette législation ne fut guère appliquée dans toute sa rigueur.

Le mari a également le droit de revendiquer sa femme, et le citoyen qui donnerait asile à la fugitive s'exposerait à être poursuivi comme voleur (Gaïus, C. III, § 199). Il intente en son nom propre une action d'injure contre celui qui a insulté sa femme (Gaïus, C. III, § 221). Anciennement, le mari ne pouvait agir, pour injure faite à sa femme, que s'il avait sur elle le pouvoir de la *manus*. Cet état de choses a disparu à l'époque de Gaïus, mais il se lit encore dans les expressions employées par le jurisconsulte. M. Accarias partage du reste cette opinion.

Ajoutons que le mari règle la tutelle de la femme dans son testament et, si cette dernière est *loco filiæ*, c'est encore lui qui consent à son adoption. (Gaïus, C. I, § 99. — Ulpien, T. VIII, 2 et 5.)

L'autorité de Gaïus et d'Ulpien, qui assimilent la femme *in manu* à la fille elle-même au point de vue de la puissance que le mari acquiert sur elle, sans distinguer entre la personne et le patrimoine, nous empêche de nous rallier à la théorie de M. Gide qui restreint les effets de la *manus* au patrimoine de la femme. La réfutation de cette théorie a été souvent faite. Qu'il nous suffise donc de dire que, si la restric-

tion indiquée par M. Gide avait existé, les jurisconsultes n'auraient pas manqué de la mettre en relief, d'en faire soupçonner tout au moins le caractère. Ils n'auraient jamais consenti, eux qui sont habituellement si précis, à laisser planer un doute regrettable sur une matière d'une importance capitale.

Il est vrai de dire que dans le mariage libre le mari exerce sur la personne de sa femme une grande partie des droits dont il jouit lorsqu'il bénéficie de la *manus*, mais ce n'est pas une raison suffisante pour assimiler les deux situations (1).

Nous verrons du reste, dans le chapitre suivant, que la différence la plus importante entre le mariage libre et le mariage avec *manus* réside dans la question du divorce.

En ce qui touche les rapports pécuniaires, l'on s'accorde beaucoup mieux, et la femme *in manu* est, à la lettre, *loco filiæ*. Le mari devenait propriétaire de tous les biens de la femme sans être tenu des dettes, sauf de celles qui grevaient les successions échues à cette dernière. Le préteur créa une action *utilis fictitia* qui permit aux créanciers de se faire payer ou de contraindre le mari à leur abandonner les biens de leur débitrice (Gaïus, III, § 82 à 85 ; IV, § 86).

Le patrimoine du ménage est donc désormais entre les mains du mari. On peut dire avec justesse qu'il en est le chef et le maître. (Cicéron, *De Officiis*, I, 17 ; Columelle, XII, pr.) Cette situation des époux cadre d'une façon admirable avec le but du mariage qui est la fusion des personnes et des intérêts.

(1) Hase, *De manu*, p. 77. — Gide, La femme, p. 118.

Tout ce que la femme possède tombe, nous l'avons dit, dans le patrimoine commun. Ajoutons que tout ce qui lui écheoit par la suite vient enrichir ce patrimoine.

La femme *in manu* acquiert pour son mari, comme la fille de famille pour son père (Gaïus, C. II, § 86-90). Elle peut faire la mancipation au nom de celui qui a la *potestas*, mais l'*in jure cessio* lui est interdite.

Un pécule profectice est susceptible de lui être confié.

La femme est également capable de jouer le rôle d'un *adstipulator*, mais elle ne saurait disposer de la créance par voie d'action.

De même que les autres filles de famille, la femme *in manu* a le pouvoir de contracter avec les tiers. En agissant de la sorte avec son mari, elle ne fait naître qu'une obligation naturelle. Le résultat est certain pour l'esclave ; il doit également se produire pour la femme, puisque la position est identique (Gaïus C. III, § 104).

Il est presque superflu de dire que les donations étaient impossibles entre le mari et la femme *in manu* qui avait perdu tout droit de disposer entre-vifs.

Les notions qui précèdent sont admises par tous. Mais nous entrons dans le domaine de la controverse en abordant la question de savoir si la femme *in manu* peut avoir une dot. A l'origine, les biens tombent dans le patrimoine du mari qui les acquiert définitivement. Il en fut ainsi au cours de la période d'indissolubilité des mariages ; ce régime répondait à tous les besoins. Mais quand le divorce s'introduisit dans la société romaine, on songea à protéger le patri-

moine de la femme, à le mettre en réserve pour le restituer, le cas échéant ; le divorce consommé, il fallait lui permettre de subvenir aux besoins de l'existence et surtout de se remarier. Le salut d'une institution fondamentale était en jeu dans cette question. C'est alors que le régime dotal fut inventé. Les anciens auteurs rapportent en effet que sa naissance est contemporaine des premiers divorces, de celui de *Corvilius Ruga* notamment. La *manus* était en pleine vigueur à cette époque ; les principes du nouveau régime pénétrèrent jusque dans son sein et la transformèrent. L'on comprend d'ailleurs que le père ou les tuteurs de la femme, dont le consentement est requis pour la fondation de la *manus*, aient subordonné pareil assentiment à l'abandon par le mari de certaines prérogatives de la *manus* et surtout de celles qui nous occupent. L'usage s'établit d'exiger du mari, lors de la *conventio in manum*, la promesse de restituer à la femme, en cas de divorce, une partie des biens qu'elle lui avait apportés. Plus tard, cette clause usuelle fut sous-entendue et l'on obligea le mari, dans la même hypothèse du divorce, à restituer dans leur intégralité les biens que la *manus* lui avait fait acquérir (1). La dot, en s'implantant dans la législation romaine, portait un coup mortel à la *manus*.

Nous insisterons du reste sur ce point en traitant de la disparition de la *manus*. Ainsi, la licence des mœurs provoqua l'introduction du divorce, et le divorce amena l'établissement du régime dotal. Les vieilles bases de la société romaine s'ébranlaient et l'édifice lui-même devait bientôt s'effondrer.

(1) Gide, La femme, p. 142 et suiv.

Au point de vue des successions, la condition de la femme *in manu* est identique à celle de la fille de famille. Elle est *hæres sua* du mari (Gaïus, C. II, § 159). Le culte de ce dernier devient son culte propre. Il y a *communicatio sacrorum privatorum*. Rattachée aussi étroitement que possible à la famille de son mari par les liens de l'agnation, la femme est soumise aux mêmes règles que la fille pour la nécessité de l'exhérédation (Ulpien, *Fragm.* T. XXII, p. 14), pour la rupture du testament par l'agnation qu'elle possède (Ulpien, *Fragm.* T. XXIII, p. 3). Les principes de la *querela inofficiosi testamenti* lui sont appliqués comme à la fille. Il est certain que la femme *in manu* ne pouvait faire un testament par la raison qu'elle était sous l'autorité de son mari, autorité dont les effets se perpétuent même après la mort de celui-ci. La femme, toujours en conséquence de sa nouvelle situation, succède à son mari en qualité de fille lorsqu'il meurt intestat, et même à ses enfants en qualité de sœur agnate lorsqu'ils décèdent dans les mêmes conditions (Gaïus, C. III, § 3 et 14).

Nous sortirions du cadre de cette étude si nous décrivions les sénatus-consultes et les lois qui ont ultérieurement bouleversé les droits de la femme dans la société romaine ; ce nouvel ordre de choses date d'une époque où la *manus* a perdu tout rôle sérieux dans le domaine de la pratique.

Le mariage contracté sous les auspices de la *manus* engendre, au dire de Tite-Live, une « *societas fortunarum omnium civitatisque.* » La dignité de l'épouse est également sauvegardée avec un soin jaloux. La Rome antique avait adopté les principes de la

monogamie et de l'indissolubilité du mariage. Si la loi autorisait le divorce pour ne points'immiscer dans la famille, ni enchaîner officiellement les existences, la religion et les mœurs s'unissaient pour l'interdire.

On comprend aisément que, sous l'empire d'un état de choses qui imposait aux époux, comme premier devoir, la fidélité réciproque, la condition de la femme ne laissât rien à désirer. Prenant le rang du mari, unie à ses enfants par les liens de la parenté civile, elle portait le titre envié de *materfamilias* (Aulu-Gelle, L. XVIII, ch. VI). Au contraire, la femme placée sous le régime du mariage libre demeurait étrangère à son mari comme à ses enfants. Elle était connue sous la qualification de *matrona* ou d'*uxor*. Sa personnalité ne subissait aucun changement ; mais si elle échappait à l'étreinte de la *manus*, la puissance paternelle continuait à la poursuivre lorsqu'elle n'était pas *sui juris*. Le père pouvait, en reprenant sa fille, rompre la vie conjugale ou bien empoisonner par ses vexations l'existence des conjoints.

L'infériorité attribuée au mariage dégagé de la *manus* ressort encore mieux de l'examen d'une définition du mot *pellex* rapportée par Aulu-Gelle (Noct. att, L. IV, ch. III) : « *pellicem autem appellatam, probrosamque habitam eam, quæ juncta consuetaque esset cum eo, in cujus manu mancipioque alia matrimonii causa foret.* » Le mariage libre était donc si peu considéré à cette époque qu'une étrangère pouvait impunément devenir la concubine de l'homme engagé dans des liens si faibles sans encourir la note d'infamie. Il en était autrement lorsque la *manus* avait marqué le mariage de son empreinte. La note d'infamie

pesait sur la femme qui avait osé profaner, par un commerce illicite avec le mari, la dignité du mariage. Paul, à son tour, nous donne du mot *pellex* une définition non moins ancienne et dont la portée paraît significative, malgré l'obscurité qui l'entoure. « *Quibusdam (pellicem vocari) eam quæ uxoris loco sine nuptiis in domo sit quam* παλλακὴν *Græci vocant* ». (L. 144, D. 50, 16). Ces deux définitions permettent de conclure que la femme placée hors de la *manus* était, aux premiers temps, presque assimilée à une concubine. Cet état de la société romaine se comprend sans peine si l'on veut bien admettre que le mariage avec *manus* était, à l'origine, le seul reconnu par la loi: Il vint un temps où le mariage libre prit place à côté de l'autre ; mais l'esprit public, encore imprégné des traditions du passé, laissa planer pendant une certaine période une sorte de défaveur sur le nouveau venu. Nos définitions se rattachent à cette époque et en traduisent fidèlement les impressions. On s'habitua pourtant peu à peu à cette déviation de l'institution ; l'attachement aux vieilles coutumes nationales allait diminuant, tandis que l'on commençait à accepter l'innovation, à lui donner asile dans le patrimoine national des idées et des institutions qui caractérisent un peuple. La cause du mariage libre était gagnée ; il était entré définitivement dans les mœurs au siècle plus rapproché où le jurisconsulte Paul nous donne une nouvelle définition du mot *pellex* : « *Granius Flaccus in libro de jure Papinio scribit, pellicem nunc vulgo vocari, quæ cum eo, cui uxor sit, corpus misceat.* » (L. 144, D. 50, 16.) L'*uxor*, c'est-à-dire la femme placée sous le régime du mariage libre, a grandi en dignité devant l'opinion publique.

Elle participe au privilège de la femme légitime *in manu*, en ce sens que la concubine de son mari tombe sous le coup de l'infamie comme si elle avait profané le temple de la *manus*. Devant cette faveur croissante de l'union libre, notre vieille institution décline à vue d'œil pour disparaître bientôt à l'horizon.

CHAPITRE V.

MODE D'EXTINCTION DE LA MANUS.

Suivant toute probabilité, le mariage était à l'origine l'union par excellence, dont la rupture ne pouvait survenir que par la mort de l'un des conjoints. Cet état de choses n'a pas disparu sans laisser quelques vestiges de sa prépondérance évanouie. Les jurisconsultes classiques s'inspirent sans doute d'une tradition mal éteinte lorsqu'ils définissent le mariage « *consortium omnis vitæ* » (L. 1, D. 23, 3. — Inst. I, 9, 1). Tout nous porte à croire en effet que la forme la plus ancienne du mariage, la *confarreatio*, était exclusive de l'idée de divorce. Les flamines de Jupiter, mariés sous les auspices de cette solennité religieuse, étaient régis par cette loi. « *Flaminis uxor cui non licebat facere divortium* », nous dit Festus. Aulu-Gelle (Noct. attic. L. X, ch. 15) exprime la même idée : « *Matrimonium flaminis nisi morte dirimi non est jus.* » N'y avait-il pas dans ce caractère un reflet du droit primitif ? Apulée puise dans les anciennes coutumes sa description du mariage de Psyché avec Cupidon, mariage accompagné des formalités de la *confarreatio*. (Métamorph. l. VI.)

Ces données nous paraissent suffisantes pour justifier notre conjecture. La *confarreatio* ne comportait donc pas le divorce à l'origine. Le mariage était alors nécessairement accompagné de cette forme, à notre avis, et comme les patriciens seuls étaient admis à y participer, l'on doit conclure, en préconisant cette théorie, que les plébéiens ne vécurent jamais sous pareil régime. Les autres formes de *conventio in manum* qui leur furent appliquées, ne paraissent pas en effet avoir revêtu, au point de vue qui nous occupe, le caractère de la *confarreatio*.

Quelle que soit la valeur de ces considérations, il est certain que cette première période ne fut pas de longue durée. Nous pénétrons sur un terrain plus solide. Au moyen de la *diffareatio*, le mariage et la *manus* furent de bonne heure légalement dissous. Suivant Festus, la *diffareatio* était « *genus sacrificii quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio. Dicta diffareatio quia fiebat farreo libo adhibito.* » (Orelli, n° 2648.) Au témoignage de Plutarque, cette séparation des époux était accompagnée de cérémonies lugubres accomplies par les pontifes. Une sorte d'anathème était lancée contre la femme (Plutarque, Quest. rom. 22).

Une telle procédure permet d'inférer que cette cérémonie était probablement précédée d'une condamnation prononcée contre la femme par le tribunal de famille.

La *diffareatio*, qui est le mode de dissolution du mariage établi par la *confarreatio*, se rattache à un vieux principe qui gouvernait l'antiquité juridique et que Gaïus formule ainsi : *quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt.* Tout contrat doit se dissoudre

par le procédé qui l'a créé (Pomponius, 4, 80, *de sol.*). C'est là un principe que Pomponius exhume pour caractériser une législation déjà un peu disparue de son temps. Ainsi, à l'époque où le cérémonial *per æs et libram* servait à conclure les engagements, les paiements s'effectuaient par la même solennité. La règle *quæ jure contrahuntur*..... devait embrasser, à l'origine, le domaine entier du droit. Sa consécration imprimait à l'ensemble des institutions d'autrefois la plus remarquable harmonie.

La *manus* établie par la *confarreatio* était donc soumise à un premier mode de dissolution, la *diffareatio*.

D'autre part, il est bien entendu que les modes ordinaires d'extinction de la puissance paternelle mettaient également fin à la *manus*. Toutefois, il y avait exception pour le cas de la *minima capitis deminutio*, car il résulte d'un texte de Gaïus qu'un fils de famille peut très bien avoir la *manus* sur sa femme (Gaïus, C. I, § 148). Mais le procédé le plus usité de dissolution de la *manus* est le divorce. S'il fut un temps, comme nous venons de le voir, où le divorce ne s'insinuait pas encore dans l'institution du mariage, cet état de choses reçut ensuite une profonde modification. Mais une semblable perturbation ne pouvait se réaliser dans sa plénitude qu'avec le temps et sous l'influence du changement des mœurs. C'est d'ailleurs l'histoire de tous les siècles : aujourd'hui, ne remarquons-nous pas la lenteur avec laquelle une institution juridique en germe, réclamée d'abord par quelques hommes, pénètre dans l'esprit d'une nation, devient une aspiration populaire, un ressort important dans la machine sociale ? Le légis-

lateur ne se décide à enregistrer dans le Code la disposition demandée qu'après en avoir reconnu la nécessité proclamée par le vœu constant de plusieurs générations.

L'empreinte du passé devait rester gravée sur l'institution du mariage avec d'autant plus d'apparence et de fixité que l'on se rapprochait davantage de la législation primitive. Ce que les Romains conservèrent avec le plus de soin comme un souvenir du temps où le divorce n'existait pas, c'est la faculté attribuée au mari seul de dissoudre le mariage par ce moyen. Que Romulus ait été ou non le créateur d'une telle législation, peu nous importe (Plutarque, Quest. rom. 22). Toujours est-il que la coutume nationale s'était emparée de cet ordre de choses qu'elle avait religieusement entretenu. Ce n'était là, nous le verrons, qu'une des phases de l'institution. Poursuivant sa marche envahissante, le divorce devait bientôt devenir une arme commune aux deux époux pour dissoudre l'union conjugale et jeter le germe de la démoralisation dans le corps social.

Commençons par établir, s'il est possible, que le divorce fut, dès la première époque de son application, réservé au mari qui seul avait le privilège d'en user.

Nous savons déjà qu'à partir d'une époque fort ancienne le mariage libre ou sans *manus* s'était créé une place à Rome. Dans cet état, l'union conjugale pouvait être rompue par la seule volonté du père de l'épouse, lorsque celle-ci était encore *filiafamilias* après le mariage. La puissance paternelle subsistait en effet dans toute sa vigueur ; le père pouvait empêcher l'*usus* de se réaliser en provoquant l'*usurpatio*.

Et s'il n'eut pas, tout d'abord, le droit d'imposer directement le divorce, il était maître de rendre impossible toute existence conjugale en reprenant sa fille qu'il revendiquait (L. 1, § 2, D. 6, 1) ; plus tard, l'interdit *de liberis exhibendis* lui fut ouvert contre le mari (L. 3, § 3, D. 43, 30). Enfin, le père eut la faculté d'établir un véritable divorce, de « *dissolvere matrimonium* » en rendant la vie commune impossible (L. 8, 12, § 4 ; 14, § 1 ; D. 49, 15). Ce droit était abusif, et Cicéron nous rapporte les plaintes des jeunes épouses violemment arrachées à leurs maris par le caprice du père (Ad Herennium, II, 24, 38).

Nous constatons par cet aperçu que la *filiafamilias* peut voir briser contre son gré, à l'origine, l'existence conjugale, suivant les fantaisies de son père, sous la puissance duquel elle est encore courbée. Personnellement, la femme n'a aucun moyen de provoquer le divorce, si le père ne souscrit pas à son vœu.

La *manus* a précisément pour effet de subroger le mari dans les droits du père de famille qui abdique sa puissance. La femme devient *filiafamilias* par rapport à son mari. Elle est *loco filiæ*, nous répètent tous les textes.

Il est donc permis de conclure *a priori* que le mari, investi de la puissance paternelle, jouit, à l'instar du père, du droit d'imposer le divorce à sa femme ; d'autre part, celle-ci ne saurait rompre le mariage que par la volonté du mari, de même qu'elle ne peut aboutir à ce résultat sans le concours de son père, lorsqu'elle demeure sous sa puissance à titre de *filiafamilias* après le mariage.

Cette doctrine cadre fidèlement avec le témoi-

gnage des auteurs classiques qui, se référant aux premiers siècles de Rome, nous montrent dans leurs exemples que le droit de divorcer était exercé par le mari. Plutarque (Quæst. rom. 22) refuse à la femme le droit de divorcer et il ne le reconnaît qu'au mari pour certains faits énumérés dans la loi de Romulus. Le mari peut divorcer si la femme s'est rendue coupable : 1° d'adultère ; 2° d'empoisonnement ; 3° d'avortement volontaire ; 4° de substitution d'enfant. Enfin, le divorce est autorisé dans le cas où la femme est trouvée en possession de fausses clefs servant à ouvrir le cellier où est le vin. Cette pénalité concorde très bien avec l'ancienne défense faite aux femmes de boire du vin. Les textes ne font aucune allusion à la femme comme jouissant de la faculté de divorcer. *Corvilius Ruga* (Aulu-Gelle, Noct. Att. L. IV, ch. III), *Sempronius* et bien d'autres nous sont signalés comme ayant usé du divorce.

La loi des XII Tables, citée par Cicéron, ne vise que la répudiation de la femme. « *Illam suam suas res sibi habere jussit, ex Duodecim Tabulis claves ademit, exegit.* » (Philipp. II, 28, 69.) « *Vir, quum divortium facit, mulieri judex pro censore est* », nous dit Caton (Noct. att. L. X, ch. XXIII). Enfin, cette série de documents, déjà susceptible de donner une grande force à notre argumentation, est couronnée par le témoignage de Plaute qui nous apporte un concours décisif. « Les femmes vivent sous l'empire d'une loi bien cruelle et bien injuste, les malheureuses, si l'on veut les comparer aux hommes. Le mari qui prend une maîtresse à l'insu de sa femme, reste impuni, bien que celle-ci apprenne son infidélité. Au

contraire, la femme sortant seulement de la maison conjugale à l'insu de son mari lui fournit un grief suffisant : elle est répudiée. Plût au ciel que la loi fût la même pour le mari et pour la femme ! Une femme honnête se contente d'un seul homme, pourquoi le mari ne se contenterait-il pas d'une seule femme ? Les femmes sont renvoyées lorsqu'elles se rendent coupables d'une faute ; en vérité, si les maris subissaient le même traitement, lorsqu'ils prennent une maîtresse à l'insu de leur femme, il y aurait plus d'hommes privés de leur femme qu'il n'y a aujourd'hui de femmes privées de leur mari. » (*Mercator*, act. IV, sc. 5.)

Ce tableau reproduit évidemment le mariage avec *manus*. Le caractère du mariage libre répugne à l'existence d'une inégalité aussi flagrante entre les époux. Si en effet, dans ce dernier genre de mariage, la femme est *sui juris*, elle peut rompre la vie conjugale à sa fantaisie (*divertere*). Rien ne l'enchaîne. Le mari n'a aucun moyen de la retenir. L'union libre a du reste pour but principal, aux yeux de la femme, d'échapper à pareille subordination. Si elle est encore *filiafamilias*, son assujettissement au mari, décrit par Plaute, n'a pas plus de fondement, car le père est maître de reprendre sa fille quand bon lui semble. La plainte de Syra dans le *Mercator* ne vise donc que le mariage avec *manus*. Investi par là d'un pouvoir supérieur à l'endroit de sa femme, le mari doit bénéficier en conséquence, chacun le comprend aisément, du droit de la retenir auprès de lui, de la revendiqner (Gaïus, C. I, § 118, 118) comme de la répudier. Du reste, il est tenu, avant d'infliger cette dernière humiliation, de réunir une sorte de conseil

de famille qui rend une décision sur le cas de la femme (Valère Max. II, 9, 2).

L'ancien droit germanique, dont la connaissance jette une lumière si vive sur la vieille législation romaine, ne renferme pas une théorie différente sur la question qui nous occupe. Le mari investi du *mundium* sur sa femme a seul le privilège du divorce. Cette dernière au contraire, de même que ses parents, ne peut rompre le mariage par sa seule volonté. Ce n'est que plus tard et sous l'influence romaine que le droit de divorcer fut étendu à la femme dans des limites rigoureusement déterminées. Les deux législations paraissent avoir subi la même évolution (1).

Cet ensemble de considérations qui vient étayer en quelque sorte notre opinion sur le divorce, ne cadre pas, il est vrai, avec un texte de Gaïus (C. I, § 137), texte mutilé qui semble ruiner à première vue la thèse précédente. Voici le passage dont il s'agit : « *...Nihilo magis potest cogere, quam filia patrem ; sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit : hæc autem virum, repudio misso, proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset.* » Ce texte donne à la femme *in manu* le droit de divorcer. Nous l'admettons, en faisant remarquer toutefois que le mot *repudium* employé par Gaïus signifie, dans le langage rigoureux, la répudiation émanant du mari (L. 101, § 1, D. 50, 16). Mais l'expression visée, nous le reconnaissons, s'applique également, au temps de Gaïus, au divorce provoqué par la femme ; nous avons la conviction qu'au siècle où vivait le jurisconsulte le droit de divorcer avait été étendu à la

(1) Loening, op. cit., t. II, p. 618.

femme. Il s'ensuivait que cette dernière était maîtresse d'obliger le mari à la remanciper. Elle s'affranchissait de la sorte des entraves de la *manus*. C'est encore là un mode de dissolution de cette puissance, mais nous estimons que ce mode ne prit place dans le domaine juridique qu'après la chute de l'ordre de choses que nous venons de mettre en relief.

Tout nous porte en effet à repousser l'idée de l'établissement du divorce au profit de la femme à l'époque florissante de la *manus*. La vieille puissance du *paterfamilias* était incompatible avec l'existence d'un droit rival aussi subversif. Le mari, détenteur de cette puissance, n'aurait plus exercé qu'une autorité illusoire sur l'épouse, toujours maîtresse d'échapper à sa tutelle. La base de l'organisation de la famille étant ainsi compromise, nous n'aurions pas à admirer encore aujourd'hui cette cohésion étonnante de la société romaine aux premiers âges, cette force de résistance du groupe familial due à la centralisation de tous les pouvoirs entre les mains du chef. En mettant l'arme du divorce entre les mains de la femme, on aurait introduit l'anarchie dans le foyer conjugal. Cette réforme arriva pourtant à son heure, mais ce fut sous le coup d'innovations législatives. Gaïus nous dépeint en effet la *manus* comme ayant été profondément altérée par les lois et plus tard entraînée par le courant de la désuétude (Gaïus, C. I, § 111). Tibère, au témoignage de Tacite, propose au sénat de réformer le régime de la *manus* par la raison qu'on ne trouve plus de patriciens issus *ex confarreatis nuptiis* pour remplir les fonctions sacerdotales. A l'effet de donner plus de poids à son

argumentation, il s'autorise des réformes déjà accomplies antérieurement par Auguste sur la même matière (Tacite, Ann. IV, 16).

Les lois caducaires qui cherchaient à remédier par la fiscalité à la dépravation des mœurs et à l'épuisement de la population, frappaient d'incapacité totale ou partielle de recueillir notamment les héritiers ou légataires mariés sans enfants (*orbi*). Dès lors, pour échapper aux conséquences d'une union stérile, les époux devaient être naturellement amenés à jeter les yeux sur le divorce pour tâcher de trouver dans un autre mariage un remède et une compensation à la malheureuse épreuve du premier. Ces lois mises en vigueur, il eût été illogique de fermer aux intéressés un des principaux moyens de se soustraire à leur application.

Une interprétation rationnelle du nouvel ordre de choses conduisit donc probablement les jurisconsultes à établir que la faculté de divorcer était d'ordre public. Leur opinion est du reste conçue en des termes qui permettraient d'inférer qu'elle puise son autorité dans un texte de la loi. « *Libera matrimonia esse antiquitus placuit, ideoque pacta, ne liceret divertere et stipulationes quibus pœnæ irrogentur ei, qui quæve divortium fecisset, ratas non haberi constat* » (L. 2, C. 8, 39).

Cette législation introduite, le mariage avec *manus* devait être modifié dans le même sens et comporter la faculté de divorcer au profit de l'un et de l'autre conjoint ; sinon, il y aurait eu contradiction dans les deux dispositions légales et violation de l'une ou de l'autre. Rien ne nous autorise à fixer la date de cette réforme, mais nous pensons qu'à l'époque de Plaute elle n'était pas encore réalisée.

Un vestige de l'antique législation dont nous retraçons la chute subsistait encore dans le droit de l'Empire. D'après la loi Julia ou Papia Poppæa, l'affranchie qui avait épousé son patron n'avait pas la faculté de divorcer. Ce droit était exclusivement réservé à son patron (L. 11, D. 24, 3). Le législateur s'était inspiré très probablement, en cette circonstance, de l'organisation du mariage avec *manus* (1).

On explique aisément certaines particularités intéressantes de l'action *rerum amotarum* en se ralliant à notre théorie en vertu de laquelle, dans le mariage avec *manus,* le mari seul jouissait, à l'origine, du droit exclusif de recourir au divorce. L'action qui nous occupe suppose un vol commis par l'un des conjoints au préjudice de l'autre et à l'occasion d'un divorce : « *Non solet nisi ex divortio oriri* » (L. 11, § 2, D. 24, 2). Les textes dans lesquels on recherche les principes et l'origine de l'action *rerum amotarum* supposent toujours que le mari est demandeur et la femme défenderesse (2).

L'explication de ces caractères est toute trouvée si l'on admet que notre action n'a été créée qu'en vue du mariage avec *manus*. Et, en effet, le mari, dans cette union, ayant seul le droit de recourir au divorce, il est naturel que la femme ne bénéficie pas d'une pareille action dont le fonctionnement implique précisément une répudiation. On ne comprendrait pas, d'autre part, que la femme mît en mouvement cette action, puisque, sous le régime de la *manus*, tous ses biens tombent dans le patrimoine du mari.

(1) Gide, La dot en droit romain, p. 509.
(2) Desjardins, Traité du vol, p. 277.

Ce dernier ne saurait être considéré comme voleur pour avoir conservé des biens qui lui appartenaient.

L'action *rerum amotarum* avait été créée parce que l'action *furti* ne pouvait être intentée contre la femme. (L. 1, D. 25, 2.) En effet, disaient Nerva et Cassius, « *societas vitæ quodam modo dominam uxorem facit.* » Or, la femme *in manu* est précisément copropriétaire du patrimoine de son époux, puisqu'elle est *hæres sua* de ce dernier. D'autres jurisconsultes, tels que Sabinus, Proculus et Julien, assimilant la femme à la *filiafamilias* contre laquelle l'action *furti* n'est pas permise, arrivent à la même conclusion en écartant également cette dernière action. Par la *manus* la femme est *loco filiæ* à l'égard du mari. N'est-il pas logique de l'exonérer de l'action *furti* dans ce cas ?

En résumé, l'action *furti* ne pouvait être intentée contre la femme lorsqu'elle était mariée sous le régime de la *manus*. C'est en vue d'une telle hypothèse que l'action *rerum amotarum* fut instituée.

Plus tard, le mariage libre lui-même fut doté de l'action *rerum amotarum* lorsqu'il eut pris racine et conquis une place respectée dans le corps social (L. 46, § 1, D. 50, 16). L'action *furti*, que l'on n'avait pas craint de laisser fonctionner dans ces sortes d'unions d'abord peu considérées, en fut finalement exclue après le triomphe du mariage libre (L. 2, D. 25, 2). L'action *rerum amotarum*, détournée de sa destination première, s'appliqua à tous les mariages. Le divorce était devenu pour ainsi dire, l'accessoire du mariage. Il s'était timidement insinué tout d'abord dans l'union conjugale. La loi des XII Tables avait ensuite augmenté le nombre des hypothèses dans lesquelles il pouvait s'appliquer. Enfin, sous Gaïus, le

repudium, au lieu d'être réservé au mari, comme par le passé, était devenu réciproque, ouvert à la femme comme au mari.

Après la dissolution de la *manus* par la mort de l'époux, la femme conserve l'agnation avec la famille du mari, si elle ne subit pas de *minima capitis deminutio*. Il en est de même après le divorce. Mais si la femme obtient son émancipation, la rupture est complète et la *minima capitis deminutio* la fait tomber au rang d'une étrangère par rapport à la famille du mari ; tout lien d'agnation se trouve brisé. La femme perdait ainsi tous ses droits dans la famille du mari.

Pour mettre un terme à un état de choses aussi rigoureux, le préteur créa les *bonorum possessiones unde vir et uxor et unde cognati*. Les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, joints à l'action *rei uxoriæ* bientôt mise en vigueur, complétèrent le système des garanties de la femme.

Le *jus postliminii* était-il applicable à la *manus* ? Le mari, auquel son séjour chez l'ennemi infligeait une *capitis deminutio* et par suite la perte de la *manus*, recouvrait-il sur sa femme tous les droits que la *manus* lui avait conférés avant son départ, dans le cas où, reconquérant la liberté, il revenait dans sa patrie ? Nous savons que la puissance paternelle lui était rendue en vertu de la fiction du *postliminium* (Institutes, I, 12 p. 5). En était-il de même de la puissance maritale ? Nous croyons que cette puissance était perdue à tout jamais. Le *jus postliminii* n'avait et ne pouvait avoir la vertu d'annuler les faits accomplis. Le mariage lui-même était dissous par la captivité du mari, la *manus* était donc par voie de conséquence éteinte avec lui (L. 12, § 4, D. 49, 15).

Le *jus postliminii* ne pouvait faire revivre le mariage et ses conséquences juridiques (L. 14, § 1, D. 49, 15).

Mais supposons qu'au retour du mari prisonnier un nouveau mariage soit conclu avec la femme qu'il a laissée à Rome à son départ, ce nouveau mariage sera-t-il nécessairement conclu cum *manu*, si le précédent l'avait été lui-même ? Nous croyons que le caractère de la nouvelle union n'est en aucune façon lié à celui que revêtait le mariage primitif. Si l'intention des époux est de renouer le lien conjugal avec la *manus*, il faudra que celle-ci soit acquise par l'un des modes ordinaires, qu'elle ait ou qu'elle n'ait pas existé dans l'union précédente. On ne comprendrait pas qu'une conséquence quelconque du mariage primitif puisse survivre à l'annulation définitive que l'esclavage du mari a entraînée.

CHAPITRE VI.

ÉVOLUTION DU MARIAGE ET DISPARITION DE LA *manus*.

Les vieilles institutions de Rome commençaient à tomber lorsque la civilisation étrangère pénétra dans la société. L'élément grec, s'insinuant peu à peu, amena la réforme des lois après avoir engendré la corruption des mœurs. La famille ne put échapper aux atteintes de cette dissolution générale. Le changement dans les mœurs entraîna le changement dans la législation entière ; mais si le *jus gentium* vint amender et compléter les anciennes lois sans les détruire, les idées nouvelles provoquèrent la ruine des mœurs austères des premiers âges sans les remplacer. La constitution de la famille se trouva bouleversée. Le tribunal domestique et la censure tombèrent. Les droits du père furent eux-mêmes annihilés par ceux du chef de l'Etat. Le principe de centralisation admis par Auguste conférait à la puissance publique les privilèges fondamentaux du père, qui se vit ainsi dépouillé de ses droits sur la personne et sur le patrimoine de ses enfants (Gaïus, C. I, § 53. Ulpien, XX, 10).

La femme, à son tour, s'affranchit de la *manus* et de la tutelle. Le pouvoir central remplaçant le pouvoir domestique, ces institutions devaient tomber. La tutelle servit à renverser la *manus*, nous le savons, lorsque, sous l'influence des tuteurs, le mariage libre s'introduisit pour leur permettre de conserver le patrimoine de la femme qui leur échappait en cas de *manus*. La *manus*, d'autre part, fut l'instrument de la ruine de la tutelle. La femme l'employa en effet pour passer sous la tutelle d'un homme de son choix qui lui laissait une complète indépendance. (Ulpien, XI, 5. Gaïus, C. I, § 115, 166, 195.) Mais ce qui détruisit surtout la *manus*, ce fut le relâchement du lien conjugal joint à la fréquence des divorces. Enervée par la faculté donnée à la femme de l'anéantir, cette puissance disparut graduellement. Elle ne produisit plus que des conséquences pécuniaires, car le père de la femme contre les caprices duquel la *manus* était une garantie perdit bientôt le droit de rompre un mariage solidement contracté (L. 5, C. 5, 17 ; L. 1, p. 5, D. 43, 30. — L. 2, D. 43, 30.)

Un affaiblissement progressif préparait donc la chute de la *manus* ; le dernier coup lui fut porté par l'établissement de la dot. Le régime dotal dut son apparition au divorce. Celui-ci, en passant dans les mœurs, fit reconnaître la nécessité d'assurer à la femme divorcée les moyens nécessaires pour vivre et les ressources indispensables pour contracter un nouveau mariage. On prévenait ainsi le libertinage et la dépopulation de l'empire. Le mari se trouva finalement obligé de restituer, en cas de divorce, tous les biens que la *manus* lui avait procurés. Mais toute cette législation ne s'établit pas d'un seul

coup. Durant les cinq premiers siècles de la fondation de Rome, il n'existait ni action, ni stipulation *rei uxoriæ*, sans doute parce que le besoin ne s'en faisait pas sentir, les mariages n'étant point alors rompus par le divorce. (Aulu-Gelle, Noct. att. VI, 3.)

Le divorce surgit de bonne heure, mais le mari seul pouvait en profiter à l'origine, nous avons essayé de le démontrer. Dès lors il n'y avait lieu, en thèse générale, à aucune restitution au profit de la femme. Répudiée, celle-ci était en effet présumée coupable d'une faute grave et, à ce titre, ne pouvait exciper d'aucun droit à la restitution de son patrimoine. Du reste, le conseil de famille, qui devait statuer sur la question du divorce à la requête du mari, était investi de la mission de lui allouer, suivant les circonstances, tout ou partie des biens constitués en apports, ou bien de lui refuser toute restitution, destinée qui lui était réservée la plupart du temps, l'on n'en saurait douter.

Il faut ajouter, pour sauver la législation romaine d'une critique apparemment fondée, que les mœurs, l'établissement du tribunal domestique et l'intervention du censeur garantissaient la femme contre les abus et les caprices du mari.

Plus tard, les divorces se multiplièrent et le mariage se convertit parfois en exploitation au préjudice de la femme ; le mari, répudiant celle-ci, gardait tout naturellement la dot. Il fallait mettre un terme à ce honteux trafic et l'action *rei uxoriæ* fut instituée. La *manus* n'était pas susceptible de faire obstacle à cette action qui ne prenait naissance qu'après la dissolution de cette puissance. Son existence

eût nécessairement empêché la femme d'être créancière de son mari (1).

D'ailleurs, les motifs de restitution de la dot sont les mêmes, qu'il y ait ou non *manus*. Bien plus, l'on peut dire que la femme *in manu*, privée de sa fortune et de sa famille, mérite une protection plus efficace que la femme placée sous le régime du mariage libre.

L'*usus* est celui des modes d'acquisition de la *manus* qui, à notre avis, s'introduisit le dernier dans le domaine du droit. C'est précisément celui qui disparut le premier de la scène juridique.

Nous savons que la loi des XII Tables ouvrit à la femme le moyen d'échapper à la *manus* acquise par l'*usus* en lui permettant d'interrompre l'*usus* et de conserver ainsi l'indépendance.

Le mariage libre s'implantait donc à Rome ; cette réforme à peine ouverte donna accès à une sorte de courant impétueux. L'épouse, en passant trois nuits hors du foyer conjugal, froissait le mari qui devait chercher à faire retomber sur elle cette tentative d'émancipation. Il lui en faisait un grief suffisant pour justifier un divorce lorsque, étant *sui juris* et par suite délivrée de la puissance paternelle, elle délaissait le toit conjugal en négligeant d'obtenir la permission. La présence et l'autorité du père de famille, qui conservait le droit de reprendre sa fille à volonté, faisant défaut pour légitimer l'absence de la femme, le mari avait tous les motifs de croire que la fugitive ne s'était pas toujours souvenue pendant son absence du titre et des devoirs d'épouse. Un divorce couronnait donc très souvent cette aventure

(1) Gide, La dot en dr. rom., p. 515.

de trois nuits. Il n'en fallait pas davantage pour refroidir l'empressement des femmes et mettre un point d'arrêt dans la décadence de la *manus*.

Mais cet état de choses ne pouvait se maintenir. L'élan était donné dans le sens du mariage libre, et l'on s'acharna à la destruction de la *manus* en excluant d'abord l'*usus*. Les tuteurs agnats de la femme avaient tout intérêt à empêcher la *conventio in manum* qui compromettait leurs droits d'héritiers présomptifs et portait atteinte au principe romain de la conservation des biens dans les familles. Déjà l'on admettait que la *coemptio* et probablement la *confarreatio* ne pouvaient avoir lieu sans l'autorisation de tous les tuteurs légitimes (Cicéron, *pro Flacco*, XXXIV). L'*usus* fut assimilé à l'usucapion. Or, Cicéron nous apprend formellement que de son temps rien de ce qui dépendait d'une tutelle légitime ne pouvait être usucapé. On en conclut sans peine que la femme en tutelle légitime ne tombait pas *per usum* sous la *manus* du mari.

L'*usus* ainsi amoindri était condamné à une chute prochaine. Gaïus nous apprend qu'à son époque il avait disparu « *partim legibus sublatum, partim desuetudine obliteratum.* » (C. I, § 111.) D'ailleurs, le développement de la culture juridique fit que l'on exigea désormais une véritable prossession pour donner ouverture à l'usucapion. Ainsi, les servitudes qui s'acquéraient antérieurement par le même procédé perdirent ce mode de constitution, dès que l'on reconnut par une analyse approfondie qu'elles n'étaient pas susceptibles d'une possession véritable (LL. 14, 20. D. 8, 1). L'*usus* qui jusqu'alors avait pu se réaliser, puisque l'on n'exigeait primitivement qu'une

puissance telle quelle, fut, lui aussi, minutieusement passé en revue, et l'on découvrit sans peine que nulle trace de possession n'existait dans ce mode de *conventio in manum*. « *Per eas vero personas, quas in manu habemus, proprietas quidem nobis adquiritur : an autem possessio adquiratur, quæri solet, quia eas non possidemus.* » (Gaïus, C. II, § 90.) Rien ne militant en sa faveur, il fut condamné. La *confarreatio* et la *coemptio* survécurent à l'*usus*. La *coemptio*, après avoir encore trouvé quelques débouchés pendant un certain temps, disparut d'elle-même, universellement abandonnée.

La *confarreatio* vit tomber les deux autres modes de *conventio in manum* et s'évanouit la dernière en laissant à sa suite comme un reflet de son éclat prolongé. Elle se maintint probablement jusqu'à la ruine du paganisme, par la suite du triomphe de la religion chrétienne. Une inscription d'Orelli, sans doute postérieure à Commode et antérieure à Constantin, fait mention d'un *sacerdoce confarreationum et diffarreationum*. Les rites exigeaient en effet que les titulaires de certains sacerdoces fussent issus *ex confarreatis nuptiis*. Le flamine de Jupiter devait avoir la *manus* sur sa femme. Mais remarquons, en terminant, que les antiques effets de la *manus* ne se réalisaient plus comme auparavant. On avait dépouillé pièce à pièce la vieille institution et, sous le règne de Tibère, quelques-unes de ces *conventiones in manum* furent privées de toute valeur officielle (Tacite, Annales, IV, 6). La *confarreatio* ne servit plus que *ad sacra tantum*. Après avoir été introduite dans la pratique romaine par la religion qui se confondait, pour ainsi dire, à l'origine avec le *jus civile*, elle

sortit peu à peu de ce dernier domaine qui du reste rompit successivement ses attaches avec le droit sacré. Elle revint finalement se cantonner dans la sphère religieuse avant de disparaître. Les complications de cette solennité, l'indifférence générale en matière de religion provoquèrent son abandon complet. Plus tard, un sénatus-consulte extensif de celui promulgué sous Tibère porta le dernier coup à notre institution.

APPENDICE.

LA *manus* HORS MARIAGE.

La *manus* constituait dans le principe, nous avons essayé de l'établir avec quelque fondement, il nous semble, un élément essentiel du mariage. Plus tard, elle se sépara de l'union conjugale et il fut admis que le mariage pouvait se réaliser sans elle. La scission fut complète par la consécration du principe en vertu duquel la *manus* devenait susceptible de prendre naissance en dehors du mariage lui-même. La logique des idées appelait fatalement pareil résultat et, du jour où la *manus* n'eut plus d'autre portée que celle d'une simple convention pécuniaire, pour ainsi parler, rien ne devait empêcher de la contracter avec une personne étrangère de la même manière qu'avec un époux. Tel est le dernier terme de l'évolution de la *manus*. Créée pour subordonner en toutes choses l'action de l'épouse à celle du mari, elle servit finalement d'instrument à l'émancipation de la femme (1). Dans cette dernière hypothèse, la *manus* se réalise uniquement par le procédé de la *coemptio*,

(1) Ihering, op. cit., t. IV, p. 274.

et cette *coemptio* est dite faite *fiduciæ causa* (Gaïus, I, p. 116).

Il ne nous paraît pas superflu de jeter ici un rapide coup d'œil sur cette *fiducia* avant de parler en détail de la *manus* hors mariage.

Si l'on fouille attentivement les textes, on ne tarde pas à découvrir qu'à une certaine époque la *fides fiducia* apparut dans le domaine juridique et rayonna sur tous les points accessibles. L'expression *fides*, souvent accolée au mot *fiducia* (*Novum Enchiridium*, p. 655), est à certains égards synonyme de ce dernier terme. La *fiducia* est basée sur la *fides* qui est un mot générique. A un point de vue plus élevé, il est permis de confondre l'une et l'autre expression dans la même signification. Cette observation est confirmée par des exemples tirés des *fidéicommis*.

La *fides* nous représente la bonne foi plus ou moins dégagée de l'étreinte formaliste et assurant, grâce au respect accordé à la parole donnée, l'exécution des engagements pris sous la garantie d'une loyauté réciproque. Elle constitue une réaction contre la rigueur de la législation quiritaire et correspond à une recrudescence dans le développement du droit. Les procédés antiques ne suffisant plus à l'activité grandissante, on créa de nouvelles formes, des fictions, des actes apparents. Pour tout dire, la *fides fiducia* rappelle une ère de transition entre les vieilles créations primitives et le droit épuré par la liberté et le *jus gentium*. Quelques exemples signalés rapidement justifieront, nous l'espérons, cette manière de voir. Donnons d'abord une idée de la *fiducia*.

La *fiducia* est un pacte adjoint à la mancipation ou à l'*in jure cessio*, et dans lequel l'acquéreur de la personne ou de la chose aliénée par un de ces deux modes solennels contracte l'obligation de retransférer un jour la personne ou la chose en question à celui qui a opéré entre ses mains le premier transfert.

Ce pacte a aussi pour objet, — et c'est là le point spécial qui nous occupe, — d'obliger l'acquéreur à affranchir lui-même le fils ou la femme qui lui ont été mancipés. Dans cette hypothèse, la personne soumise à pareilles formalités se libère de toute attache avec celui qui l'a fait sortir de sa puissance. Le *coemptionator* n'est qu'un instrument destiné à permettre à l'intéressé d'atteindre son but. Nous insisterons bientôt sur cette explication générale et un peu vague. Le pacte de fiducie est adjoint à une mancipation. Il s'appuie sur elle pour avoir une valeur juridique et par suite le bénéfice d'une sanction ; d'autre part, le même pacte ne se confond pas avec la mancipation, il n'en est que l'accessoire et il conserve une sorte d'indépendance. Voilà pourquoi l'action *fiduciæ* n'est pas de droit strict, à la différence de la *condictio* qui naît de la mancipation. Elle est de bonne foi et ne produit que des effets personnels. Telles sont, en résumé, les conclusions de la science sur la matière, surtout depuis la découverte en 1867 de la *forma fiduciæ*, découverte qui imprima la plus vigoureuse impulsion à l'étude de ce point particulier (1).

Revenons à présent à l'objet que nous avons réservé. La *fiducie*, disions-nous, a des points

(1) Gide, Revue hist. 1870-1871.

d'attache dans plusieurs parties de la législation romaine et son caractère répond en général à la description que nous en avons faite.

Dans les contrats réels, le gage en particulier, le pacte de fiducie joua longtemps un rôle considérable. Sa présence annonce l'intensité du crédit, puisque le propriétaire de l'objet constitué en gage ne craint pas d'abdiquer son droit entre les mains d'un tiers ; il n'a d'autre sauvegarde que la loyauté du nouvel acquéreur, maître d'aliéner le bien acquis par la mancipation, nonobstant l'action de bonne foi du vrai propriétaire, action qui n'est du reste que personnelle.

Le pacte de fiducie peut être adjoint à une donation à cause de mort et à une constitution de dot faite avant le mariage, pourvu qu'un acte solennel donne naissance à ces opérations (1). Dès lors les actions directe et contraire de fiducie s'ouvrent dans le cas où le donataire prédécède, dans le cas où le mariage manque. Elles sont de bonne foi et donnent asile aux obligations réciproques contractées par l'aliénateur. La *condictio sine causa*, qui est la sanction des autres pactes exprès ou tacites, est loin de répondre à ce caractère. La fiducie amène donc un progrès et refoule le droit strict.

La *fidepromissio* et la *fidejussio*, qui figurent parmi les modes de cautionnement, donnent également asile à la *fides*. La *fidepromissio* est accessible aux pérégrins. Il n'en était pas ainsi de la *sponsio*, sa sœur aînée. Dans la stipulation qui est le contrat principal par rapport à la fidéjussion, contrat acces-

(1) Dubois, Mancipation, p. 125 et s.

soire, la formule primitive d'interrogation et de réponse était celle-ci : « *Spondes ? Spondeo* » Elle était la seule admise, et le contrat appartient d'abord au *jus civile*. Lorsque les pérégrins eurent la faculté de recourir à la stipulation, on créa pour eux les formules suivantes : *Fidepromittis ? Fidejubes ?* » La fidéjussion est un nouveau progrès sur la *fidepromissio* (Gaïus, C. III, § 118, 119, 120), et toutes deux sont une victoire sur la *sponsio*.

L'institution du fidéicommis vient encore, il nous semble, confirmer nos vues sur le caractère de la *fides*. Le fidéicommis est érigé en une disposition génératrice d'un véritable lien de droit ; c'est le triomphe de la bonne foi sur le vieux formalisme. (Inst. II, 25, p. 1 et 2. — Inst. II, 13.)

En matière de changement d'état dans la condition des personnes, la *fiducia* fut largement appliquée. En dehors de l'acquisition de la *manus*, elle servait à réaliser l'émancipation et l'adoption par le concours de la mancipation à laquelle notre fiducie imprimait le caractère de fiction.

Signalons, en même temps que la *tutela fiduciaria*, la coutume, suivie à l'époque ancienne, d'employer la *fiducia* pour assurer la représentation en justice. Nul ne plaidait au nom d'autrui et le mandat *ad litem* était inconnu sous le règne des *legis actiones*. Dans le but d'obvier à ce grave inconvénient, on transférait fiduciairement à un mandataire l'objet litigieux ou la puissance que l'on avait sur une personne. Le détenteur fiduciaire menait en cette qualité le procès et en transportait le résultat sur la tête du véritable intéressé.

De cet exposé il ressort que la *fides fiducia*, se rat-

tachant plus ou moins à notre pacte de fiducie, a rayonné, à une certaine époque, sur le domaine juridique.

Arrivons à présent à l'examen des différents cas dans lesquels la *manus* peut exister hors mariage. Gaïus nous en fait connaître deux et Cicéron en indique un troisième dans lequel le mariage est une pure fiction.

1er Cas. — *Mancipation de la femme pour changer de tuteurs.*

Gaïus nous décrit ce procédé dans les § 114 et 115 de son premier commentaire. « *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo, velut tutelæ evitandæ causa, dicitur fiduciæ causa fecisse coemptionem* » (I, § 114). — « *Quod est tale : si qua velit quos habet tutores reponere, ut alium nanciscatur, illis auctoribus coemptionem facit ; deinde a coemptionatore remancipata ei cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa, incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est : qui tutor fiduciarius dicitur.* » (I, § 115.) La complexité de ces formalités, les détours employés, l'emploi de la clause de fiducie indiquent clairement que l'on cherche à éluder les règles étroites du droit civil pour aboutir au résultat voulu. A l'époque où l'on jeta dans le domaine de la pratique ce procédé subversif du vieux droit, les idées et les mœurs tendaient à faire prévaloir le principe de l'émancipation de la femme. La tutelle des agnats était devenue trop assujettissante pour cette dernière ; tous les efforts tendirent à

l'annihiler et l'on fut amené, en suivant cette voie, à créer pour les femmes « *tutores qui in potestate mulierum continerentur.* » (Cicéron, *Pro Murena.*)

Pour arriver à ce résultat, il était indispensable de détruire tout d'abord les liens d'agnation qui rattachaient la femme à ses tuteurs réguliers en lui faisant subir une *minima capitis deminutio.* Partant du principe que la *manus* investissait le mari de la *patria potestas* et dépouillait par suite le père de la femme de ses prérogatives familiales, les jurisconsultes, venant en aide aux aspirations de l'époque, admirent, par le secours d'une fiction, que la *manus* et ses effets pourraient se réaliser au profit d'un personnage autre que le mari, au profit d'un étranger. On réduisait ainsi à néant, par suite de la *capitis deminutio,* les droits dont les tuteurs légitimes ou autres étaient en mesure de se prévaloir contre la femme. Le dernier terme de la fiction fut de permettre à la femme de s'engager de sa propre initiative dans une pareille voie, en exécutant personnellement l'opération à l'heure que lui désignait son bon plaisir. Le pacte de fiducie, inséré à la suite de la mancipation, imposait au nouveau bénéficiaire de la *manus* l'obligation de manciper la femme à une autre personne choisie *ad hoc* et dont le pouvoir ne devait pas avoir plus de consistance que celui du premier *coemptionator.* Une manumission *vindicta* couronnait l'opération et le deuxième acheteur qui devait offrir à la femme toutes les garanties de complaisance désirables, prenait le titre de tuteur de cette dernière, *loco patroni.* C'était une tutelle naturellement illusoire de part et d'autre. Ce procédé permettait à la femme de se débarrasser des tuteurs, quels

qu'ils fussent, légitimes ou non. Gaïus ne fait aucune distinction sur ce point, et nous comprenons d'autant mieux sa pensée qu'à l'époque où il écrit, la tutelle légitime était devenue l'exception à Rome.

2me Cas. — *Mancipation de la femme en vue de lui permettre de tester.*

C'est encore Gaïus qui nous fournit les explications nécessaires sur le point que nous abordons. « *Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio ; tunc enim non aliter feminæ testamenti faciendi jus habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent, remancipatæ et manumissæ fuissent ; sed hanc necessitatem coemptionis faciendæ ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit* » (Gaïus, C. I, § 115 *a*). Le procédé décrit par Gaïus est absolument identique à celui que l'on employait pour les changements de tutelle. Une première *coemptio* donnait le jour à une puissance paternelle fictive. La seconde vente mettait la femme *in mancipio* et amenait, avec la *minima capitis deminutio*, la perte de l'agnation. La femme tombait enfin au rang d'affranchie par la *vindicta*, et le patron désigné pour assurer à la femme sa pleine liberté l'assistait bénévolement dans la confection de son testament, sans opposer d'entraves à l'exécution de ses volontés.

Gaïus parle « *de quibusdam personis exceptis* » qui auraient bénéficié du droit de *tester* sans recourir aux formalités que nous avons décrites. Nous n'avons pas à examiner, dans cette étude, la question du droit de tester. Bornons-nous à dire que les termes de

Gaïus comprennent : 1° les vestales (Aulu-Gelle, I, XII) ; 2° les affranchies autorisées par leurs patrons (Gaïus, C. III, § 49) ; 3° les femmes qui n'avaient pas d'agnats (Gaïus, C. II, § 112, 119, 120).

La femme devait conquérir son indépendance en cette matière, comme dans toutes les autres, et Gaïus nous apprend que le simulacre des formalités qu'il indique, disparut tout à fait sous Adrien : un sénatus-consulte investit directement la femme du droit de tester.

3e Cas. — MANCIPATION DE LA FEMME *sacrorum interimendorun causa*.

Les anciens Romains attachaient une importance capitale à l'observation des sacrifices dus par chaque famille à ses dieux. Les *sacra* tenaient une place considérable dans le monde romain. Mais avec le temps ce respect et ces croyances s'affaissèrent, et les citoyens commencèrent à trouver trop assujettissants ces sacrifices périodiques dont l'accomplissement n'était plus soutenu par l'esprit profondément religieux des temps passés. Chacun songea à s'affranchir d'une pratique estimée surannée, mais nul ne se résignait à rompre ouvertement le faisceau des vieilles coutumes : aussi se décida-t-on, comme dans les autres parties du droit, à tourner la législation existante : « *Sacra interire majores noluerunt ; horum ingenio senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt.* » (Cicéron, *Pro Murena*, XII, § 27.)

La *coemptio* fut employée par les femmes pour

obtenir ce résultat. Longtemps on discuta la question de savoir comment elles procédaient. Mais aujourd'hui on est à peu près d'accord pour admettre l'explication suivante. Une riche héritière, grevée de sacrifices à accomplir en l'honneur des dieux, contracte un mariage simulé avec un vieillard dépourvu de ressources et tout disposé, sous promesse de rémunération, à rendre les services qu'on lui demandera. La *coemptio* réalisée, la femme tombe *in manu* du vieillard qui recueille tous les biens ainsi que toutes les charges, et notamment celle d'assurer l'accomplissement des *sacra*. Un divorce intervenant après ces formalités faisait retourner à la femme son patrimoine actif, mais les obligations religieuses continuaient à grever le vieillard qui avait été momentanément l'héritier civil de la débitrice des *sacra*. A sa mort, nul ne recueillait une succession aussi pauvre et les *sacra* s'éteignaient naturellement (1).

Tels étaient les modes d'établissement de la *manus* hors mariage.

Quant aux effets de la *manus* ainsi constituée, ils ne sont guère importants à signaler.

Disons seulement que, dans le cas où elle change de tuteurs et dans le cas où elle veut arriver à faire un testament, la femme n'est pas considérée comme fille du *coemptionator* (Gaïus, C. I, § 114) ; mais la *minima capitis deminutio* s'obtient néanmoins à la suite du *mancipium* résultant de la seconde vente. Au contraire, la *manus* produisait ses effets légaux dans l'hypothèse des *sacra* ; toutefois, eu égard aux conventions arrêtées avant l'opération, on

(1) De Savigny, Zeistschrift. T. II, p. 387.

fait table rase de toutes les conséquences réalisées.

Nous arrivons ainsi au terme de la tâche que nous avons entreprise. Puisse ce modeste travail avoir gardé quelque chose de l'intérêt que l'étude de la *manus* nous avait inspiré !

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN.

Pages.

APERÇU GÉNÉRAL. 3

CHAPITRE Ier. — Patriciens et plébéiens. 15

CHAPITRE II. — Modes d'acquisition de la *manus*. 33

CHAPITRE III. — Ordre d'apparition des trois modes de la *conventio in manum*. 45

CHAPITRE IV. — Effets de la *manus*. 51

CHAPITRE V. — Modes d'extinction de la *conventio in manum*. 61

CHAPITRE VI. — Evolution du mariage et disparition de la *manus*. 75

APPENDICE. — La *manus* hors mariage. 82

DROIT FRANÇAIS

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION HISTORIQUE

1. — On peut définir ainsi le contrat de mariage : le contrat qui a pour objet le règlement des intérêts pécuniaires des époux.

Un caractère essentiel de ce contrat, sous la législation du Code civil, c'est d'être solennel, c'est d'être soumis à l'observation de formes prescrites par la loi qui sont nécessaires pour son existence elle-même.

L'importance du contrat de mariage est considérable. Non seulement il crée des rapports entre les époux, mais encore il influe sur les rapports de ceux-ci avec les tiers. D'une part, en effet, il détermine dans quelle mesure il y aura société de biens entre les époux et confusion de leurs patrimoines, il constitue donc la loi privée destinée à régir leurs rapports. D'autre part, il fixe les droits et les pouvoirs de chacun des époux sur leurs biens confondus ou séparés et, à ce point de vue, il intéresse les tiers

qui ne pourront traiter avec les époux qu'en tenant compte de la situation faite à ceux-ci par leur contrat de mariage.

Ces conséquences des conventions matrimoniales dans les rapports des époux entre eux, ces effets qu'elles peuvent produire à l'égard des tiers, nous donnent la raison d'être principale des formes solennelles dont elles ont été entourées par nos législateurs modernes et des conditions de publicité auxquelles ils les ont soumises. Ce sont ces règles de forme et de publicité qui feront l'objet principal de cette étude. Nous traiterons aussi des frais qui sont dus à l'occasion du contrat de mariage ; un lien tout naturel rattache cette question aux précédentes.

Nous examinerons donc le contrat de mariage par son côté extérieur, abstraction faite de son contenu. Ce ne sont pas les clauses du contrat de mariage que nous aurons à étudier, mais c'est la forme qu'elles doivent revêtir pour être valables, en supposant d'ailleurs qu'elles soient valables en elles-mêmes. Pour employer une expression d'un sens très précis, nous parlerons, dans ce travail, de l'*instrumentum*, et non des faits juridiques constatés dans cet *instrumentum*.

Mais une étude de droit moderne, pour être complète, doit remonter aux sources mêmes des questions que l'on traite. Il faut rattacher les dispositions de nos lois actuelles à leurs origines les plus anciennes, afin de voir quels emprunts ont été faits aux législations antérieures et dans quelle mesure le législateur moderne a tenu compte des enseignements du passé.

2. — *Droit romain.* — Dans le droit romain, deux grandes époques doivent être distinguées : celle où les mariages sont accompagnés le plus souvent de *conventio in manum*, et celle où la femme apporte généralement une dot.

Dans le cas où le mariage a lieu avec *manus*, il n'y a pas, à proprement parler, de convention matrimoniale. D'abord, la *manus* est établie après le mariage ; de plus, c'est un lien qui peut exister en dehors de tout mariage ; mais ce ne sont pas là les raisons principales.

Il faut surtout remarquer que la *manus* ne met rien en commun entre le mari et la femme ; elle ne crée aucun rapport juridique entre les époux relativement à leurs biens, elle a pour résultat au contraire d'absorber le patrimoine de la femme dans celui du mari. Le patrimoine de la femme n'a désormais aucune existence ; celle-ci n'a pas plus de biens que n'en possède un fils de famille, et c'est pour ce motif qu'on l'a considérée comme *loco filiæ* à l'égard de son mari. Enfin, quoique les biens acquis au mari par la *conventio in manum* puissent remplir entre ses mains à peu près le même but qu'une dot, ce qui les a fait parfois qualifier de biens dotaux, nous pensons, conformément à l'opinion générale, que ces biens n'étaient pas soumis à restitution une fois la *manus* dissoute. Aussi nous étonnons-nous que M. Gide, dans sa brillante Etude sur la condition privée de la femme, ait pu voir dans la *conventio in manum* une espèce de régime nuptial, régime qui se rapprocherait de ce que nous appelons aujourd'hui une communauté universelle. Cette opinion ne nous paraît pas admissible : M. Guillouard, dans son traité

du Contrat de mariage (T. I, p. 12), la combat.

La *conventio in manum* ne nous paraît pas présenter les caractères d'une convention matrimoniale : aussi ne nous attarderons-nous pas à en exposer les formes. Mentionnons seulement que, des trois modes d'établissement de la *manus* (la *confarreatio*, la *coemptio* et l'*usus*), les deux premiers exigent l'emploi des formes solennelles. Pour la *confarreatio*, mode réservé aux patriciens, il y a des solennités religieuses ; pour la *coemptio*, il y a les formes solennelles de la mancipation.

3. — La *manus* tomba en désuétude vers la fin de la République. Le régime de la dot succéda à celui de la *manus*. La constitution de dot est une véritable convention matrimoniale dont nous devons indiquer les formes.

La dot, c'est le bien apporté par la femme au mari ou donné par un tiers à celui-ci pour l'aider à subvenir aux charges du mariage.

En règle générale, la dot devient la propriété du mari, mais elle est inaliénable, et le mari doit la restituer à la dissolution du mariage. Voilà le principe.

Il y a bien ici, à la différence de ce qui se passait dans le mariage avec *manus*, une convention matrimoniale. Si les biens composant la dot deviennent la propriété du mari, ils ne deviennent pas du moins sa propriété définitive, comme ceux acquis par suite de la *manus* ; il doit les restituer. Ainsi, la convention de dot crée entre les époux des rapports de droit relativement à leurs biens, et des obligations réciproques. La dot doit être fournie par la femme ou par le tiers qui l'a constituée ; le mari doit

la conserver pour en affecter les revenus aux charges du mariage, il doit la restituer à la dissolution du mariage. Voilà une véritable convention de mariage. Quelles en sont les formes ?

4. — Un texte bien connu d'Ulpien (Reg., VI, § 1) nous apprend qu'à l'époque classique il y avait trois modes pour constituer la dot : *dos datur, aut dicitur, aut promittitur*. La dot pouvait être constituée avant ou après le mariage ; la constitution avait lieu, en général, avant le mariage. Les trois modes étaient la *datio dotis*, la *dictio dotis* et la *promissio dotis*.

La *datio dotis* est la constitution de dot réalisée par un transport immédiat de la propriété, sans aucune convention antérieure. On emploie la mancipation pour les *res mancipi*, la tradition pour les *res nec mancipi*, l'*in jure cessio* pour les unes et les autres indifféremment ; enfin, si une *res mancipi* a été transférée par simple tradition, l'usucapion peut en procurer la propriété quiritaire.

Nous ferons remarquer que, dans notre droit, cette remise d'une dot par tradition ne pourrait pas être la constitution de dot elle-même ; elle ne pourrait intervenir qu'en exécution d'une constitution de dot contenue dans un contrat de mariage.

La *dictio dotis* est une forme de contrat *verbis* particulière à la constitution de dot. Elle consiste dans une déclaration faite en termes solennels par le constituant, sans qu'il y ait au préalable une interrogation, comme dans la stipulation.

La *promissio dotis*, c'est la dot promise par stipulation ; c'est l'application du contrat de stipulation à la constitution de dot.

De ces trois modes de constituer la dot, la *dictio*

dotis et la *promissio dotis* peuvent seules offrir quelque analogie avec notre contrat de mariage. L'une et l'autre en effet sont des contrats ; elles rendent la femme dotée créancière du constituant, elles lui donnent une action de droit strict, une *condictio*, tandis que la *datio dotis* est une translation actuelle et immédiate de propriété, non précédée de convention. Ces deux modes de constituer la dot, à la différence de la *datio dotis*, sont des modes solennels ; mais la *dictio dotis* seule est un contrat spécial dont les formes ne sont applicables qu'à la constitution de dot. Enfin, tandis que toute personne peut *dare dotem aut promittere dotem*, la *dictio dotis*, pour des motifs demeurés inconnus, ne peut être employée que par la femme, son débiteur ou son ascendant paternel.

Les formes de la constitution de dot furent simplifiées plus tard. Sous les empereurs Théodose II et Valentinien III, le simple pacte de constitution de dot devint obligatoire, quelle que fût la personne du constituant. Ce pacte devenait un pacte légitime, muni d'une *condictio ex lege*. A ce moment, la *dictio dotis* tomba en désuétude, de telle sorte que, dans le dernier état du droit, la dot se constituait par dation, par promesse ou par simple pacte.

5. — Mais, dans notre droit moderne, la constitution de dot n'est qu'une des dispositions du contrat de mariage ; ce n'est pas tout le contrat de mariage. Le droit romain au contraire n'ayant pas connu la communauté entre époux ni les autres régimes adoptés de nos jours, on peut dire que la constitution de dot était la seule convention de mariage usitée à Rome ; il n'intervenait pas entre les époux d'autre réglementation pécuniaire. D'ailleurs, il n'en

était pas besoin ; la situation de la dot se trouvait réglée d'après l'application des principes de droit commun ou d'après des dispositions législatives, comme la *lex Julia de fundo dotali,* sous Auguste.

Quant à la restitution de la dot, elle était due, tantôt de plein droit comme conséquence de la volonté présumée du constituant, suivant des distinctions dans lesquelles nous n'entrerons pas, tantôt en vertu d'une stipulation expresse, indépendante de la constitution de dot et qui intervenait après elle. Dans le dernier état du droit classique, le même résultat était obtenu par un pacte adjoint *in continenti* à la constitution de dot (L. 6, C., *De jur. dot.*, V, 12). Enfin, dans le droit de Justinien, on sous-entendit toujours une stipulation de restitution au profit de la femme ou de ses héritiers dans le pacte de dot lui-même, en sorte que le mari ne pouvait plus retenir la dot qu'en vertu d'une convention expresse (L. *unica* pr., C., *De rei uxor. act.*, V, 13).

6. — *Droit germanique et barbare.* — Dans le droit germanique, la femme tombait sous la tutelle de son mari. Ce droit de puissance du mari sur sa femme s'appelait le *mundium*. Tous les biens de la femme devenaient la propriété du mari. Le *mundium*, produit nécessairement par le mariage, rappelle par ses effets la *manus* du droit romain. Là encore nous n'avons pas de convention matrimoniale dont la forme doive nous arrêter.

Mais peu à peu des droits pécuniaires sont reconnus à la femme à la dissolution du mariage, droits qui ont varié selon les temps et les lieux, mais sur la nature desquels, douaire ou communauté, les historiens sont loin de s'entendre. Quoi qu'il en soit, ces

droits ne nous paraissent pas résulter pour la femme de conventions de mariage, mais des lois barbares elles-mêmes ou des Coutumes anciennes.

7. — *Ancien droit français* . — Le droit germanique et barbare continua à se développer dans notre ancienne France. On y vit se constituer un régime nouveau, la communauté, dont nous n'avons pas à rechercher l'origine précise. Tandis que le régime dotal du droit romain était demeuré le régime ordinaire des pays de droit écrit, la communauté devint le régime de droit commun des pays de Coutumes.

Ce régime de communauté, qui de nos jours encore est le régime de droit commun de la France, n'est pas resté un ; il s'est modifié de plusieurs façons, et il se présente aujourd'hui, dans la pratique, sous les aspects les plus variés. Ces formes diverses de la communauté qui se rattachaient les unes aux autres par quelques règles fixes et essentielles , étaient souvent consacrées par le texte des Coutumes ; mais aussi elles étaient laissées à l'arbitraire des parties qui réglaient elles-mêmes librement leurs conventions matrimoniales. Ainsi s'est imposée la rédaction d'un contrat précédant le mariage, contrat qui servit de loi entre les époux pour la réglementation de leurs intérêts pécuniaires.

Argou, qui écrivait en 1692, disait en effet dans son Institution au droit français : « A l'égard des clauses extraordinaires, il est impossible de les spécifier toutes ; elles n'ont point de nombre certain ; on en peut inventer tous les jours de nouvelles, parce que les contrats de mariage étant des lois que deux familles s'imposent volontairement en s'unissant

ensemble, on y souffre toutes les clauses qui ne sont point contre les bonnes mœurs, ni contre le droit public. »

Le contrat nécessaire pour constater les conventions matrimoniales devait intervenir, on le comprend, avant le mariage. C'est ce qui résulte de l'article 202 de la Coutume d'Orléans : « Avant la foi baillée et bénédiction nuptiale, homme et femme peuvent faire et apposer telles conditions, douaires, donations et autres conventions que bon leur semblera. » Cette disposition se retrouve dans d'autres Coutumes, et elle est l'expression du droit commun.

Et pourtant, dans quelques Coutumes, telles que la Touraine et l'Auvergne, le contrat pouvait avoir lieu après la célébration, mais il devait la suivre presque immédiatement.

Le contrat de mariage devait, en règle générale, être passé devant notaires. Dans la plupart des provinces, on ne considérait pas comme valables les contrats de mariage passés sous signatures privées. Pothier, dans son introduction au Traité de la communauté, nous en donne le motif : « C'est afin d'empêcher que les conjoints par mariage n'aient un moyen facile d'éluder la loi, qui leur défend de se faire aucun avantage durant le mariage, en faisant, durant le mariage, des contrats de mariage qu'ils antidateraient d'auparavant. »

Une déclaration de Louis XVI, du 21 avril 1692, autorise les secrétaires d'Etat à recevoir des contrats de mariage ; ces contrats, comme ceux passés devant notaires, emportaient hypothèque du jour de leur date.

Néanmoins, on admettait dans quelques provinces les contrats de mariage passés sous signatures privées ; seulement, aux termes de plusieurs déclarations de Louis XIV qui portent les dates de 1696, 1698 et 1703, les privilèges et hypothèques résultant du contrat étaient perdus dans ce cas.

Il fallait au moins qu'il y eût, au bas de ces actes, les signatures des parents des deux conjoints ; tout soupçon d'antidate semblait alors devoir être écarté. Mais le contrat était au contraire suspect d'antidate s'il n'était revêtu que des signatures privées des parties contractantes. C'était l'opinion suivie dans les pays où les contrats de mariage sous signatures privées étaient admis.

Mais en même temps on décidait que les donations entre-vifs renfermées dans des contrats de mariage sous seing privé étaient nulles pour inobservation de l'ordonnance de 1731 qui exigeait pour les donations la forme notariée.

Bien que le contrat de mariage par acte notarié ait été la règle dans notre ancien droit et que les jurisconsultes aient toujours réclamé la nullité absolue des contrats de mariage sous seing privé, on admettait encore, au XVIII^e^ siècle, la validité des contrats de mariage sous signatures privées dans un assez grand nombre de provinces : le Poitou, le Béarn, la Navarre, la Provence, l'Alsace, la Normandie, les Flandres.

8. — Nous arrivons à la législation du Code civil et aux lois qui l'ont suivie ; c'est le sujet proprement dit de notre étude. Nous exposerons, sous la législation qui nous régit actuellement, quelles sont les conditions extrinsèques exigées pour la validité des

conventions matrimoniales. Nous diviserons notre étude en trois parties :

I. — De la forme du contrat de mariage.
II. — De la publicité du contrat de mariage.
III. — Des frais du contrat de mariage.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA FORME DU CONTRAT DE MARIAGE

CHAPITRE PREMIER.

QUI DOIT PROCÉDER A LA RÉDACTION DU CONTRAT DE MARIAGE.

9. — L'article 1394 du Code civil, en exigeant que les conventions matrimoniales soient rédigées par acte devant notaire, a fait du contrat de mariage un *contrat solennel*.

Un contrat solennel est celui que la loi soumet à certaines formes qui sont nécessaires pour son existence elle-même. Les contrats consensuels au contraire sont ceux pour la perfection desquels le consentement des parties suffit. Dans notre droit, à la différence de ce qui avait lieu en droit romain, les contrats sont consensuels en principe. La loi n'a apporté que des exceptions peu nombreuses à cette règle ; nous ne trouvons dans le Code que cinq contrats solennels, au nombre desquels est le contrat de mariage.

Dans notre ancien droit, nous l'avons déjà dit, le

contrat de mariage, en règle générale, devait être rédigé devant notaire, mais nous savons aussi que l'on dérogeait souvent à cette loi, et que, dans un assez grand nombre de provinces, on admettait les contrats de mariage sous seing privé. On peut donc dire que le Code a innové en imposant, comme une forme nécessaire, la rédaction notariée.

Le tribun Siméon, dans son discours au Corps législatif, donnait, pour justifier cette innovation, les raisons suivantes :

« Les contraventions matrimoniales devront être reçues par des notaires antérieurement au mariage ; l'usage conservé dans quelques contrées de les rédiger sous seing privé est abrogé. Si l'on prive les familles de l'avantage d'épargner des frais d'enregistrement, auxquels le fisc avait pourtant autant de droits que sur les autres actes dont la foi publique a la sauvegarde, elles en sont bien dédommagées par le nombre des fraudes que l'on prévient, par la meilleure garantie que l'on donne aux droits et à la fortune des époux et de leurs enfants. » (Fenet, XIII, p. 810.)

10. — Ces motifs, pour être exacts, gagneront à être précisés. Le motif de droit qui domine tous les autres, c'est que le législateur voulait ainsi assurer l'observation des principes essentiels qu'il posait en tête du titre du contrat de mariage, dans les *Dispositions générales*.

Le législateur, d'une part, a exigé que les conventions matrimoniales fussent rédigées *avant le mariage* (art. 1394). D'autre part, par une conséquence nécessaire, il a disposé, dans l'art. 1395, que les conventions matrimoniales « ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage ».

Cette immutabilité des conventions matrimoniales était nécessaire pour plusieurs raisons ; c'est seulement avant le mariage que l'homme et la femme jouissent l'un vis-à-vis de l'autre d'une complète indépendance ; de plus, les modifications que les époux auraient pu apporter pendant le mariage à leurs conventions matrimoniales auraient été de nature à tromper les tiers ; enfin, les époux auraient trouvé, dans la faculté de changer les clauses de leur contrat de mariage, un moyen de se faire des donations irrévocables, contrairement à l'article 1096. Il fallait donc constater la date du contrat de mariage d'une façon indubitable et assurer l'immutabilité des conventions qu'il contient.

11. — Le législateur a pensé obtenir ce double résultat par la rédaction d'un acte notarié.

La nécessité d'avoir la preuve que le contrat de mariage a été rédigé avant le mariage ne pouvait constituer, aux yeux du législateur, un motif suffisant pour exiger l'acte notarié. Cette preuve pouvait être fournie d'une autre façon : l'enregistrement des conventions matrimoniales avant le mariage leur aurait conféré date certaine antérieure au mariage. Elles auraient pu recevoir aussi date certaine, d'après le droit commun, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les auraient souscrites, du jour où leur substance aurait été constatée dans des actes dressés par des officiers publics, dans des procès-verbaux de scellés ou d'inventaire (art. 1328). Pour éviter l'antidate du contrat de mariage, il eût donc suffi d'exiger un acte ayant date certaine, comme la loi l'a fait dans l'article 1410.

Quant à la nécessité d'assurer l'immutabilité des

conventions matrimoniales, elle peut servir à justifier l'exigence du législateur, et elle en est même le motif principal. Par la rédaction d'un acte notarié, la conservation de l'écrit constatant le contrat de mariage est assurée, et le principe de l'immutabilité est sauvegardé. L'acte sous seing privé, même fait en double, aurait pu être détruit, soit par des cas fortuits, soit par une entente des deux époux, et rien n'eût été plus facile à ceux-ci que de remplacer le régime primitivement adopté par un régime nouveau.

A ces motifs de droit, on peut ajouter une considération de fait pour expliquer l'intervention d'un notaire dans la rédaction des conventions matrimoniales. Les parties auraient pu insérer, dans le contrat de mariage, des clauses dont elles n'auraient pas compris la portée ou qui eussent été contraires à leurs intérêts. Le notaire, plus instruit dans la pratique du droit, sera un conseiller qui les éclairera et les guidera.

On peut dire aussi que la fréquence des donations insérées dans les contrats de mariage aurait rendu impossible, dans de nombreux cas, la rédaction de ces contrats par acte sous seing privé (Colmet de Santerre, VI, p. 12). La donation en effet ne peut être faite que par acte notarié (art. 931). C'est pour ce motif que dans l'ancien droit le contrat de mariage cessait de pouvoir être fait par acte sous seing privé dès qu'il contenait une donation.

12. — La nécessité d'un acte notarié existe pour *toutes conventions matrimoniales*, dit l'article 1394. Cette règle par conséquent doit s'entendre de toutes conventions relatives aux intérêts pécuniaires des

époux, qu'elles aient pour principal but le règlement de leur régime matrimonial, ou qu'elles ne portent que sur des points accessoires. Ainsi, on devra considérer comme convention de mariage celle par laquelle l'un des futurs époux ou un tiers s'engagerait à supporter seul les frais du contrat de mariage. Cette convention serait inexistante si elle n'était pas faite en la forme notariée, de sorte que le serment *litis*-décisoire ne pourrait même pas être déféré sur l'existence de la promesse (Aubry et Rau, V, p. 247).

Il n'en serait pas de même des conventions qui, pour être relatives aux biens de l'un ou l'autre des futurs époux, ne se rattacheraient à aucune relation juridique nouvelle qui aurait été créée entre eux en vue du mariage; tels seraient un bail, un partage concernant les biens de l'un des futurs conjoints. La nature de ces conventions ne se trouve en rien modifiée par le mariage : leurs conditions de validité et leur preuve restent soumises au droit commun.

Mais si la rédaction du contrat de mariage ne peut être faite aujourd'hui qu'en la forme notariée, il faut tenir compte de ce que, avant le Code civil, les contrats de mariage pouvaient, dans certaines provinces, être rédigés par acte sous seing privé. La loi n'ayant pas d'effet rétroactif, les actes faits en cette forme avant la promulgation du titre *Du contrat de mariage* sont demeurés valables, et ont dû recevoir leur exécution, même au cas où les mariages n'auraient été célébrés qu'après cette époque.

13. — Le contrat de mariage rédigé par acte sous seing privé n'a aucune validité, c'est une règle incontestable. Et pourtant, on s'est demandé s'il ne devait

pas être tenu pour valable dans une hypothèse. Il s'agit du cas où le contrat rédigé par acte sous seing privé a été déposé dans l'étude d'un notaire avant le mariage, lorsque l'acte de dépôt constate que les parties ont à ce moment entendu la lecture des conventions qu'elles avaient arrêtées et qu'elles ont déclaré y persister.

La plupart des auteurs semblent admettre que ce dépôt chez le notaire fait par toutes les parties ensemble suffit pour donner à la convention le caractère d'authenticité (1). Pour nous, la question ne saurait être résolue sans faire une distinction.

Il y a une hypothèse où l'on peut admettre cette opinion, c'est lorsque l'acte de dépôt relate les clauses de la convention sous seing privé et la déclaration des parties qu'elles entendent y persister. On peut dire alors que la convention a été rédigée devant notaire, car le résultat est le même que si le notaire avait écrit le texte de la convention ; c'est lui-même en effet qui constate les conventions des parties, et il a pu les éclairer en leur faisant telles observations qu'il a cru utiles. C'est comme un projet d'acte qui a été présenté par les parties au notaire et qui n'est devenu définitif qu'avec le concours de ce dernier.

Mais il ne saurait en être de même si les parties se sont bornées à effectuer le dépôt chez le notaire de l'acte sous seing privé, sans que les clauses en aient été reproduites dans l'acte de dépôt et sans qu'il soit constaté que ces clauses ont été lues aux

(1) Troplong, I, 185 ; Rodière et Pont, I, 140 ; Aubry et Rau, V, p. 247.

parties et qu'elles ont déclaré y persister. Là, les conventions n'ont pas été *rédigées devant notaire*, comme le veut l'article 1394 ; le contrat de mariage est nul, car il y a seulement un acte de dépôt et non un contrat de mariage (1).

14. — Il ne suffit pas que le contrat de mariage soit un acte notarié ; il faut de plus qu'il soit rédigé en minute.

On sait que les actes notariés peuvent être rédigés en minute ou en brevet. L'acte est rédigé en minute lorsque l'original de l'acte reçu ou minute (*instrumentum litteris minusculis scriptum*) est conservé par le notaire dans les archives de l'étude. Les copies délivrées aux parties portent dans ce cas le nom d'expéditions, et celui de grosses (*instrumentum litteris grossis scriptum*) lorsque ces expéditions sont revêtues de la formule exécutoire. L'acte est dit en brevet, lorsque le notaire n'est pas tenu d'en garder une minute dans son étude.

Le contrat de mariage doit donc être rédigé en minute. En effet, les articles 20 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI, contenant l'organisation du notariat, ne mentionnent pas le contrat de mariage au nombre des actes, tous peu importants d'ailleurs, qui peuvent être reçus en brevet. De plus, l'article 1397 du Code civil suppose bien que les contrats de mariage doivent toujours être rédigés en minute, puisqu'il dispose que les changements qui y sont faits avant le mariage seront sans effet à l'égard des tiers s'ils n'ont été rédigés à la suite de la *minute* du contrat de mariage (2).

(1) Arntz, III, p. 257 ; Laurent, XXI, 45 ; Guillouard, I, 190.
(2) Rodière et Pont, I, 141; Laurent, XXI, 44; Guillouard, I, 191.

Le motif de cette règle se comprend aisément. L'acte en brevet peut être perdu ou détruit ; or, l'on sait que la préoccupation du législateur a été d'assurer la conservation de l'acte constatant les conventions matrimoniales pour que celles-ci ne puissent être modifiées pendant le mariage.

Mais, du moment où l'acte a bien été rédigé en minute, le fait du notaire de se dessaisir de la minute ne porterait aucune atteinte à sa validité. Il y a seulement dans ce fait une faute du notaire qui engage sa responsabilité personnelle, et l'acte dressé valablement ne s'en trouve en rien infirmé (1).

15. — La rédaction du contrat de mariage est soumise à l'observation de toutes les conditions prescrites par la loi organique du notariat du 25 ventôse an XI pour la validité des actes notariés en général. Comme tout autre acte notarié, il doit être reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins (art. 9 de cette loi). Ce point avait été mis en doute parce que l'article 1394 dit, en employant le singulier : « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées... par acte devant notaire. » Il ne faut point en conclure que les contrats de mariage puissent être reçus par un seul notaire sans l'assistance de témoins. On admet généralement que ce texte n'a pas eu pour objet de déroger au droit commun du notariat (Aubry et Rau, V, p. 248 ; Guillouard, I, 192).

De même, il faut appliquer les règles de la loi du 25 ventôse an XI touchant la capacité des notaires et des témoins.

(1) Cass. 6 déc. 1852, S. 1853, 1, 29.

Les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe, à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur (loi 25 vent. an XI, art. 8). De plus, deux notaires, parents ou alliés au degré ci-dessus, ne peuvent concourir au même acte (art. 10, al. 1).

Quant aux témoins, ils ne sont capables de figurer à ce titre dans un acte notarié qu'autant qu'ils jouissent de la qualité de citoyen français ; il faut en outre qu'ils sachent signer et qu'ils soient domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé (art. 9). Les personnes privées de la jouissance ou de l'exercice des droits politiques ne peuvent servir de témoins dans un acte notarié, bien qu'elles aient la qualité de Français, qu'elles soient mâles et majeures, et qu'elles jouissent de leurs droits civils. Tels sont les condamnés à une peine afflictive ou infamante, même après l'expiration de la peine et jusqu'à leur réhabilitation, les commerçants faillis non réhabilités, les individus en état d'interdiction judiciaire ou de contumace, et ceux qu'un jugement correctionnel a privés du droit d'être employés cemme témoins dans les actes (Aubry et Rau, VIII, p. 203).

Enfin, les individus réunissant les conditions de capacité indiquées ci-dessus ne peuvent néanmoins servir de témoins lorsqu'ils sont, soit parents ou alliés en ligne directe, et en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement, soit serviteurs ou clercs du notaire ou des parties qui figurent dans l'acte. (Loi du 25 vent. an XI, art. 10, al. 2.)

Ces diverses règles sont applicables aux contrats de mariage.

16. — Nous n'entrerons pas dans le détail de toutes les règles des actes notariés, qui sont applicables également aux contrats de mariage ; nous ne pouvons sur ce point que renvoyer aux lois spéciales sur le notariat. Nous n'examinerons plus que la question de savoir si le contrat doit être nécessairement rédigé en langue française.

L'affirmative a été soutenue, et la jurisprudence semble avoir été primitivement fixée en ce sens (1). Plusieurs décisions législatives, une ordonnance d'août 1539, un décret du 2 thermidor an II et un arrêté du 24 prairial an XI exigent en effet que les actes publics soient rédigés en langue française. MM. Aubry et Rau (VII, p. 204) en concluent que l'inobservation de cette règle, qui est d'ordre public, emporte, outre l'amende et la destitution de l'officier public, la nullité des actes en tant qu'actes authentiques.

La jurisprudence paraît s'être modifiée sur cette question. Elle a eu raison, à notre avis ; la rédaction des actes publics en langue française est bien prescrite par les décisions que nous avons indiquées, mais celles-ci n'en prononcent pas en même temps la nullité au cas d'inobservation. Or, nous savons que les nullités concernant la forme extérieure des actes ne peuvent résulter que d'un texte formel. La rédaction du contrat de mariage en langue française ne doit pas être considérée comme indispensable (2).

(1) Req. rej. 4 août 1859, S. 60, 1, 239.
(2) Cass. 22 janv. 1879, S. 79, 1, 170 ; Guillouard, I, 194.

CHAPITRE II

DES PERSONNES QUI DOIVENT ÊTRE PRÉSENTES A LA RÉDACTION DU CONTRAT DE MARIAGE.

17. — Trois catégories de personnes concourent à la confection d'un contrat de mariage : les notaires qui rédigent l'acte, les parties que l'acte intéresse et les témoins qui affirment la véracité des assertions des parties. On doit se demander si la présence effective de ces diverses personnes est indispensable pour la validité du contrat.

18. — Il va sans dire qu'un notaire sera toujours présent à l'acte. C'est le notaire qui doit rédiger l'acte, et personne ne saurait le suppléer ; sinon, l'un des éléments de la solennité du contrat ferait défaut.

Mais faut-il aussi, à peine de nullité, que le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires soient présents à la rédaction, ou bien suffit-il qu'ils signent à l'acte ? La loi du 21 juin 1843 répond à cette question en dérogeant à la loi organique du 25 ventôse an XI.

L'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI dispose que « les actes seront reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. » En fait, la pra-

tique notariale ne tint aucun compte de cette prescription. Le plus souvent, l'acte était reçu par un notaire seul qui, après coup, demandait à son confrère une signature de pure forme. La pratique fit de même pour les deux témoins destinés à remplacer le notaire en second ; on rédigeait l'acte en leur absence, et on le présentait ensuite à leur signature. Cette pratique était abusive et contraire à la loi ; et pourtant, la jurisprudence la sanctionna souvent de son autorité. Le triomphe de cette jurisprudence ne fut pas définitif, car la Cour de cassation se prononça enfin pour la nullité (1).

Malheureusement, le législateur lui-même autorisa la violation d'une loi antérieure qu'il n'abrogeait pas. La loi du 21 juin 1843 disposait dans son article 1er : « Les actes notariés passés depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI ne peuvent être annulés par le motif que le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires n'auraient pas été présents à la réception desdits actes. » L'article 2 de la même loi énumère certains actes pour lesquels la règle de la loi de ventôse est maintenue, et pour lesquels la présence réelle du notaire en second ou des deux témoins instrumentaires est requise à peine de nullité.

Cette loi a été justement critiquée, et Marcadé (V, p. 12) écrivait avec raison : « Il est un point qui ne nous paraît pas contestable : c'est, disons-le franchement, l'immoralité de cette loi qui érige en règle de droit le mensonge qui n'avait été précédemment qu'un fait illicite et toléré. »

(1) Cass. 25 janv. 1841, S. 1841, 1, 105.

Le contrat du mariage, n'étant pas au nombre des actes pour lesquels la loi du 21 juin 1843 exige la présence réelle du notaire en second ou des témoins, ne saurait être frappé de nullité si cette condition n'est pas remplie.

19. — Mais, parmi les actes pour lesquels cette présence réelle est nécessaire, l'article 2 de la loi de 1843 range les donations entre-vifs. N'est-on pas dès lors autorisé à croire que cette présence réelle du notaire en second ou des témoins est requise à peine de nullité dans le cas où le contrat de mariage contient des donations ? Dans cette hypothèse même, il faut adopter la négative : les travaux préparatoires de la loi de 1843 sont en ce sens.

D'après le projet de cette loi, les contrats de mariage étaient mis au nombre des actes énumérés par l'article 2. On avait invoqué pour raison que les contrats de mariage, contenant souvent des donations entre-vifs, devaient être soumis aux mêmes règles que celles-ci.

Mais un amendement fut présenté pour retrancher le contrat de mariage de la disposition de l'article 2. On prétendait que les dangers de suggestion et de captation, qui se présentaient pour la donation entre-vifs ordinaire et nécessitaient une protection spéciale, ne se retrouvaient pas au cas de donation par contrat de mariage ; le contrat de mariage en effet ne peut avoir rien de clandestin, puisqu'il est dressé en présence des futurs époux et de leurs familles, et qu'il est suivi, peu de jours après, de la célébration publique du mariage.

L'amendement passa, et l'article 2 ne mentionna pas le contrat de mariage. On peut donc considérer

comme certain que, dans notre législation actuelle, la présence réelle du notaire en second et des témoins n'est pas requise pour le contrat de mariage, contînt-il même des donations faites, soit par l'un des futurs époux à l'autre, soit par des tiers aux futurs époux (1).

Mais si la donation faite en vue d'un mariage projeté n'est pas contenue dans le contrat de mariage lui-même, il est certain qu'elle n'est pas dispensée de l'application de l'article 2 de la loi de 1843.

20. — De leur côté, les futurs époux doivent-ils nécessairement être présents au contrat de mariage ? Nous examinerons deux questions. Nous nous demanderons si les futurs époux peuvent se faire représenter au contrat par un mandataire de leur choix et si les parents des futurs époux peuvent figurer au contrat à la place de leurs enfants, en se portant forts pour eux.

Tout d'abord, l'un des futurs époux ou tous les deux peuvent-ils se faire représenter dans le contrat du mariage par des mandataires ?

Nous estimons que rien ne s'y oppose, car la représentation dans les actes juridiques est permise dans notre législation. Le consentement pour la formation d'un contrat peut être fourni par un mandataire ; la loi n'a apporté aucune dérogation à cette règle en prescrivant que les futurs conjoints seraient obligés d'assister en personne à leur contrat de mariage.

Que la présence des futurs époux soit nécessaire

(1) Bordeaux, 27 mai 1853, S. 1853, 2, 587 ; Lyon, 1er juin 1883, S. 84, 2, 153 ; Aubry et Rau, VIII, p. 202.

pour la célébration elle-même du mariage, cela se comprend ; ils conservent ainsi, jusqu'au dernier moment, la faculté de se dédire. L'article 75 du Code civil, dans ses diverses dispositions, implique la présence des futurs époux devant l'officier de l'état civil. Mais, pour le contrat de mariage, les mêmes raisons ne se retrouvent pas. Le contrat de mariage est, au moment où il est passé, un contrat conditionnel, subordonné à la condition de la célébration du mariage, tandis que le mariage est irrévocable dès l'instant où il est célébré.

Mais nous n'admettons la possibilité d'une procuration qu'autant qu'elle revêtira la forme authentique. La logique veut qu'une procuration authentique accompagne toujours la représentation dans un acte authentique. Or, nous savons que le contrat de mariage ne peut pas être rédigé par acte sons seing privé. L'authenticité de la procuration est donc une condition essentielle de l'authenticité du contrat de mariage lui-même (Rodière et Pont, I, 145).

21. — Nous nous demanderons à présent si l'un des parents des futurs époux peut remplacer son enfant au contrat de mariage, en se portant fort pour lui et en promettant sa ratification. Nous répondrons à cette question par la négative.

Ce procédé était assez fréquent dans l'ancienne France. Les parents figuraient seuls à l'acte, au moins lorsque les futurs époux étaient mineurs, et ils se portaient forts pour eux. La jurisprudence admettait la validité de ces contrats de mariage ; la célébration du mariage était même censée tenir lieu de ratification. Cette pratique vient de l'usage où l'on était, surtout dans les pays de droit écrit, de fiancer

les enfants de très bonne heure ; les lois romaines autorisaient les fiançailles dès l'âge de sept ans. De plus, sous l'influence encore de la législation romaine, la puissance paternelle était si étendue qu'elle amenait à considérer le père comme le représentant naturel de son enfant dans les conventions de mariage ; celui-ci d'ailleurs, n'ayant rien en propre, n'avait souvent qu'un rôle passif à jouer dans le contrat. Enfin, bien des clauses du contrat de mariage étaient pour ainsi dire dictées par les parents eux-mêmes : c'est ainsi que le père obligeait sa fille à renoncer par contrat de mariage à sa succession, au profit de ses frères.

Cet usage était tellement invétéré dans les pays de droit écrit que, même après la promulgation du Code civil, la pratique crut pouvoir admettre la validité des contrats de mariage où les parents seuls avaient figuré. Disons de suite que la jurisprudence est aujourd'hui positivement fixée en sens contraire, ainsi que le témoigne un grand nombre d'arrêts (1).

On doit en effet tenir pour certain que le contrat de mariage rédigé dans les conditions que nous venons de mentionner, est nul en droit. D'abord, pour tout contrat, le consentement est nécessaire. Or ici il peut faire absolument défaut. Il peut arriver que le contrat de mariage ait été caché à l'enfant, qu'il n'en ait pas eu connaissance, et que par conséquent il pense être marié sous le régime de la communauté légale. L'enfant n'ayant figuré au contrat ni par lui-même, ni par un mandataire choisi par lui,

(1) Voir not. : Cass., 29 mai 1854, S. 55, 1, 348 ; Cass., 9 janv. 1855, S. 57, 2, 514.

on peut douter qu'il ait consenti. De plus, le contrat de mariage est solennel, il exige la condition d'authenticité ; il faut que l'enfant donne son consentement en la forme authentique.

Une autre considération peut être invoquée à l'appui de la même opinion. Le Code parle du contrat de mariage des mineurs dans plusieurs articles (art. 1095, 1309, 1398) ; dans tous il dit que le mineur doit être *assisté* des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage. L'assistance implique nécessairement la présence de la personne que l'on assiste ; elle n'éveille nullement l'idée de représentation d'une personne par une autre. Ce qui est vrai de l'enfant mineur est vrai aussi de celui qui est majeur ; si le mineur lui-même ne peut être représenté dans son contrat de mariage par son père, le majeur le pourra moins encore, lui qui jouit en toute indépendance de sa fortune personnelle.

Nous conclurons donc que, à moins d'une procuration authentique et spéciale, nul ne peut représenter les futurs conjoints dans le contrat de mariage, que ce représentant soit un étranger ou l'un des pères et mères. Les arrêts qui se sont prononcés sur ce point ont décidé en même temps que la nullité du contrat n'était pas couverte en pareil cas par la célébration du mariage. Nous reviendrons sur ce sujet en étudiant les caractères de la nullité du contrat de mariage pour défaut de formes.

CHAPITRE III.

DE L'ÉPOQUE A LAQUELLE LE CONTRAT DE MARIAGE DOIT ÊTRE RÉDIGÉ.

22. — L'époque à laquelle un acte doit être dressé tient à la forme de l'acte; c'est donc un des éléments de la solennité de l'acte dans les contrats solennels. Le moment est venu de nous en occuper.

Nous savons déjà qu'en vertu de l'article 1394 les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant le mariage, et nous en avons donné les motifs. Nous savons aussi qu'à cette règle se rattache intimement celle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, et que, pour sauvegarder ces deux règles, le législateur a imposé la forme authentique pour la rédaction du contrat de mariage.

Le Code civil a suivi sur ce point le droit coutumier et s'est écarté du droit romain.

Les conventions matrimoniales rédigées après la célébration du mariage sont nulles. La nullité est évidente, bien que la loi ne la prononce pas *expressis verbis*, car l'intention du législateur exclut ici le doute. L'époque à laquelle un contrat solennel doit être passé faisant partie intégrante de la solennité de

ce contrat, il en résulte que le contrat de mariage ne saurait avoir aucune existence s'il est passé après le mariage. Nous verrons qu'il n'est susceptible d'aucune confirmation.

23. — Mais comment les personnes intéressées à attaquer le contrat de mariage prouveront-elles qu'il a été dressé après le mariage ?

Il est une première hypothèse qui ne présente pas de difficulté, c'est celle où le contrat de mariage a été rédigé un jour autre que celui de la célébration du mariage. Ces deux contrats sont l'un et l'autre constatés en la forme authentique par le ministère d'officiers publics ; ils font donc foi jusqu'à inscription de faux. Il suffit de se référer aux dates mentionnées pour savoir lequel des deux a précédé l'autre. Si c'est le contrat de mariage qui porte une date antérieure, il faudra recourir à l'inscription de faux pour prouver que sa rédaction est postérieure au mariage.

Mais la difficulté surgit dans le cas où le contrat de mariage a été rédigé le jour même de la célébration du mariage. Les dates mentionnées dans les deux contrats se trouvant exactes, on ne pourra, si l'on prétend que le mariage a précédé le contrat, triompher en justice au moyen d'une inscription de faux dirigée contre la date du contrat.

En général, les termes employés dans la rédaction du contrat de mariage impliquent que le mariage n'est pas encore célébré. Les parties contractantes sont qualifiées de futurs époux, et le notaire déclare que les conventions matrimoniales interviennent en vue du mariage projeté.

S'il n'y a, dans le contrat de mariage, aucune formule de ce genre laissant entendre que les contractants ne sont pas encore unis par le lien du mariage, il est hors de doute que les parties intéressées seront admises à établir par la preuve testimoniale et par tous les autres modes de droit commun l'antériorité du mariage. La preuve que l'on cherche ici à établir est relative à un simple fait matériel, elle n'attaque en rien les énonciations contenues dans l'acte authentique.

Mais si au contraire, comme cela se produit le plus souvent, les mentions portées dans le contrat de mariage laissent supposer que le mariage n'a pas été célébré et qu'en fait il l'ait été, faut-il s'inscrire en faux contre ces mentions pour prouver leur postériorité au mariage ? La jurisprudence a décidé avec raison qu'on ne devait pas s'inscrire en faux, et que la preuve testimoniale était admissible (1).

Les arrêts donnaient comme raison que les mentions relatives au futur mariage sont des énonciations étrangères à la disposition, et qu'à ce titre, en vertu de l'article 1320, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

Ce motif de la décision ne nous semble pas exact. Les énonciations dont parle l'article 1320 émanent des parties ; celles que nous supposons émanent au contraire du notaire. C'est en effet le notaire qui dresse et rédige l'acte. Le rôle des parties consiste seulement à déclarer au notaire les conventions qu'elles entendent faire relativement à leurs biens.

(1) Riom, 11 janv. 1837, S. 37, 2, 421 ; Civ. rej. 18 août 1840, S. 40, 1, 785.

Elles n'ont pas à déclarer si elles sont ou non mariées, rien ne les y oblige. Mais, comme les conventions matrimoniales doivent nécessairement précéder le mariage, le notaire présume que le mariage n'est pas célébré, et c'est dans cette pensée qu'il qualifie les contractants de futurs époux et fait allusion à l'union projetée. On ne peut reprocher au notaire d'avoir formulé à cet égard une allégation inexacte, car il n'est pas chargé de s'enquérir si le mariage a été ou non célébré. Si donc le notaire a mentionné dans l'acte un fait inexact qu'il n'avait pas mission de constater et que les parties ne lui ont pas déclaré, cette mention n'a aucune valeur juridique; elle ne fait aucune foi et n'emprunte aucune force à la qualité d'officier public dont le notaire est revêtu par la loi. La preuve testimoniale est donc suffisante pour en établir l'inexactitude. (Aubry et Rau, V, p. 253, n° 3; Laurent, XXI, 62.)

24. — La règle que le contrat de mariage doit précéder le mariage entraîne comme conséquence que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (art. 1395). Mais l'étude de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales sort de notre sujet ; elle présente des difficultés, car il n'est pas toujours facile de discerner si une convention intervenue pendant le mariage modifie les clauses du contrat de mariage, ou si au contraire elle n'y déroge en rien.

Ajoutons aussi que, si le contrat de mariage ne peut être modifié pendant le ménage, on peut au contraire y faire des changements dans l'intervalle de sa passation à la célébration du mariage. Ces

changements ou contre-lettres ne sont valables que s'ils réunissent certaines conditions déterminées par les articles 1396 et 1397 ; nous n'avons pas à exposer cette théorie.

CHAPITRE IV.

DU CARACTÈRE ET DES EFFETS DE LA NULLITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE POUR DÉFAUT DE FORMES.

25. — Le contrat de mariage est un contrat solennel. Or, le consentement est impuissant à donner seul l'existence aux contrats solennels ; il faut de plus l'accomplissement des solennités prescrites par la loi. Il en résulte que, si l'une des formes solennelles vient à faire défaut, le contrat est frappé d'une nullité absolue ou, pour employer une expression plus exacte, qu'il est inexistant.

La plus importante des conséquences qui en découlent, c'est que le contrat de mariage auquel manque une condition de forme que la loi prescrit, n'est pas susceptible de confirmation. On ne saurait confirmer une convention qui ne s'est point formée. Il en serait autrement si la nullité n'était que relative, en d'autres termes, si l'absence de l'une des formes requises rendait seulement le contrat annulable. C'est là un principe fondamental, un principe qui ne comporte aucune exception; nous aurons occasion de l'appliquer dans la suite de nos développements, et nous verrons en même temps qu'il a été parfois méconnu.

Nous examinerons dans ce chapitre plusieurs questions se rattachant aux nullités pour défaut de forme du contrat de mariage. Nous verrons ce qui est inexistant par suite du défaut de forme, et quelle situation en résulte pour les relations pécuniaires des deux époux. Enfin, nous nous demanderons par qui la nullité peut être proposée, et nous développerons l'idée que la confirmation est impossible.

26. — Supposons d'abord un contrat de mariage fait avant le mariage. Il est infecté d'un vice de forme ; par exemple, il est rédigé par acte sous seing privé, ou bien il manque de l'une des conditions de forme prescrite par la loi du 25 ventôse an XI. Le contrat est inexistant.

Il ne faudrait pas affirmer, comme on l'a soutenu, que le contrat nul comme acte authentique puisse valoir comme acte sous seing privé, par application de l'article 1318, s'il remplit les conditions de validité d'un acte sous seing privé. En voici le motif : notre législation n'admet pas la rédaction des contrats de mariage par acte sous seing privé. De plus, l'opinion que nous combattons fait une fausse application de l'article 1318. Cet article s'applique quand l'acte qui a été fait en la forme authentique pouvait être fait en une autre forme ; c'est une vente, contrat consensuel, qui pourra se trouver validée en vertu de l'article 1318, malgré la nullité de l'acte authentique. Mais il n'en est plus de même des contrats pour lesquels la forme authentique est exigée à titre de solennité ; l'article 1318 ne s'applique pas aux actes solennels.

27. — L'inexistence du contrat infecté d'un vice de forme entraîne une conséquence nécessaire pour

les époux : aux termes de l'article 1400, ceux-ci sont dans cette hypothèse réputés mariés sous le régime de la communauté légale. L'inexistence d'un contrat équivaut en effet à l'absence du contrat. Mais, peut-on objecter, l'intention des parties n'est pas respectée ; elles avaient peut-être, dans ce contrat vicié, adopté le régime dotal, et on leur impose le régime de la communauté. On oublie que l'intention n'est pas prise en considération dans les contrats solennels comme dans les contrats consensuels ; on ne peut pas dire, en cette matière, qu'il y ait eu intention manifestée, quand elle ne l'a pas été dans les formes voulues par la loi. La convention est censée ne pas avoir eu lieu, et l'article 1400 est dès lors applicable.

28. — Quelle est l'influence de l'inexistence du contrat de mariage sur les donations qui y sont contenues ? Les contrats de mariage contiennent souvent des donations ; ces donations subiront-elles le sort du contrat de mariage ? Il faut se prononcer pour l'affirmative.

Aucun doute n'est possible pour celles qui ne peuvent être faites que par contrat de mariage, telles que l'institution contractuelle (art. 1082-1084), la donation cumulative de biens présents et à venir (art. 1086). Le contrat de mariage seul les rendait possibles ; le contrat étant inexistant, ces libéralités ne sauraient se concevoir.

Quant aux donations de biens présents qui ne sont pas subordonnées à la rédaction d'un contrat de mariage, elles seront ordinairement nulles, elles aussi, quand le contrat de mariage sera entaché de nullité.

Comme le contrat de mariage, la donation est un

contrat solennel exigeant la forme notariée (art. 931). Les formes qui manquent au contrat de mariage pour sa validité manqueront aussi la plupart du temps à la donation. Ainsi, c'est ce qui aura lieu si le contrat de mariage a été rédigé par acte sous seing privé.

Mais, dans certains cas, on a pu se demander si la nullité du contrat de mariage pour vice de forme entraînait celle des donations renfermées dans ce contrat, à supposer qu'elles pussent être faites en dehors d'un contrat de mariage. La question s'est posée notamment au cas où la nullité provenait du défaut de présence de l'un des futurs conjoints ; cette cause de nullité emporte-t-elle nécessairement nullité des donations faites par des tiers à l'un ou à l'autre des époux dans le contrat de mariage ?

Nous n'hésitons pas à admettre qu'ici encore la donation est inefficace. La circonstance que l'acte a été dressé en l'absence de l'un des époux rend le contrat de mariage inexistant ; les parties sont donc replacées sous l'empire du droit commun, quant aux donations qu'il contient. En d'autres termes, la solennité de l'acceptation sera nécessaire (art. 932), et l'article 1087 ne sera plus applicable (Aubry et Rau, V, p. 234).

Néanmoins des auteurs et des arrêts ont prétendu que la nullité du contrat de mariage n'atteint pas la donation. Ainsi, une donation avait été faite, par contrat de mariage, à la future par ses père et mère, la donataire n'avait pas assisté à l'acte. La Cour de Nîmes décida que la donation restait valable malgré la nullité du contrat de mariage, par cette raison que la donation avait été suffisamment acceptée pour la femme par le mari, celui-ci étant une sorte de man-

dataire général chargé d'accepter les donations qui pourraient être faites à la femme (1).

Nous ne saurions souscrire à cette doctrine. Il serait inexact de considérer le futur époux comme pouvant être un mandataire général de la future. Il n'y a encore ni mari, ni femme ; les futurs conjoints sont, l'un vis-à-vis de l'autre, dans la plus complète indépendance. De plus, l'acceptation d'une donation doit être expresse, et le donataire ne peut accepter par procuration que si cette procuration est expresse et authentique (art. 932 et 933).

Et pourtant, ces donations peuvent parfois devenir efficaces : c'est ce qui a lieu dans le cas où la donation, qui pouvait valoir comme don manuel, a été exécutée. Pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il s'agisse d'une chose mobilière. Mais il n'y a aucun autre moyen de rendre valables ces donations.

29. — Lorsque ces libéralités produiront leurs effets comme dons manuels, la question qui se posera sera celle de savoir à quel régime seront soumis les biens ainsi donnés. La réponse est simple, bien que nous trouvions sur ce sujet des décisions opposées.

Il ne nous semble pas douteux que les biens donnés dans ces conditions ne soient soumis aux règles de la communauté légale. Le contrat de mariage est inexistant ; or, nous avons dit que, dans ce cas, le régime de la communauté légale s'imposait. Il s'ensuit que ces donations mobilières faites aux époux tomberont en communauté. A la dissolution du mariage, la femme n'aura sur les biens donnés aucun droit spécial ; son droit sera celui qu'elle a sur tous

(1) Nîmes, 30 août 1854, D. 56, 2, 107.

les biens qui composent l'actif de la communauté. Elle ne pourrait invoquer aucune des clauses de son contrat nul pour vice de forme, soit une clause de réalisation, soit une clause de reprise d'apport ou le régime dotal ; le contrat étant inexistant, ces clauses ne pourraient pas lui procurer le droit d'exercer une reprise, ni de se prévaloir de l'inaliénabilité dotale (1).

30. — Nous avons supposé jusqu'ici qu'un contrat de mariage, rédigé avant le mariage, se trouvait nul pour vice de forme ; dans cette hypothèse, tout est nul. Mais nous devons aussi envisager le cas où la nullité provient de ce que le contrat de mariage n'a pas été rédigé à l'époque voulue. Le contrat de mariage a été fait, nous le supposons, après la célébration du mariage. Il va sans dire que ce contrat est inexistant. Mais il importe de rechercher ce qui est réputé inexistant. Sont-ce les conventions matrimoniales, ou bien est-ce l'acte qui les contient ? Ce sont les conventions matrimoniales, parce que l'époque à laquelle elles doivent être faites constitue un des éléments de leur solennité. Quant à l'écrit, il peut très bien, envisagé en lui-même, être valable. Il pourra en résulter que certaines conventions étrangères au mariage et contenues dans le contrat seront valables, parce que toutes les conditions nécessaires à leur existence se trouvent réunies ; il est même indifférent que ces conventions soient des contrats consensuels ou des contrats solennels, pourvu que, dans ce dernier cas, ils ne soient pas soumis à la même condition de temps que le contrat de mariage.

(1) Montpellier, 9 déc. 1853, D. 1855, 2, 112 ; Pau, 1er mars 1853 et Cass. 9 janv. 1855, D. 55, 1, 28. — En sens contraire : Toulouse, 5 mars 1852, D. 53, 2, 123 ; Nîmes, 30 août 1854, D. 56, 2, 107.

Ainsi, le contrat de mariage, fait postérieurement à la célébration du mariage, contenait des conventions constituant des contrats non solennels, par exemple, une vente ou un bail. L'acte pourra prouver l'existence de ces conventions.

Nous soutenons aussi que les contrats solennels contenus accessoirement dans le contrat de mariage seraient eux-mêmes validés, s'ils n'étaient assujettis à aucune condition d'époque. Ainsi, des donations de biens présents avaient été faites par des tiers à l'un des époux. Rien ne s'oppose à ce que ces donations soient valables, puisqu'elles ont été faites par acte notarié, comme le veut l'article 931, et qu'elles pouvaient être faites à un moment quelconque, soit avant, soit après le mariage du donataire. Une condition pourtant sera nécessaire, c'est que la donation soit acceptée solennellement, car l'article 1087 ne dispense de l'acceptation expresse que les donations faites par contrat de mariage, et ici le contrat, en tant que contrat de mariage, est inexistant. Il en est autrement des donations qu'on ne peut faire que par contrat de mariage, comme l'institution contractuelle ; elles subissent le sort du contrat de mariage, puisqu'elles ne sauraient avoir une existence indépendante de celui-ci.

31. — Il a été jugé aussi que le contrat de mariage, nul pour avoir été rédigé après la célébration du mariage, pouvait néanmoins constater d'une façon suffisante les apports des époux qui, à défaut de contrat valable, se trouvent mariés sous le régime de la communauté légale. On l'a admis dans une hypothèse où le contrat de mariage avait suivi de peu de jours la célébration du mariage, car, sur ce

point, il faut tenir compte des circonstances. La constatation de l'apport ne serait plus admise de cette manière par les tribunaux si un long intervalle, si un intervalle de plusieurs années avait séparé le contrat de mariage de la célébration du mariage.

Cette décision nous paraît conforme à la vérité. En effet, l'acte notarié, nous l'avons déjà dit, n'est pas nul en lui-même ; ce qui est inexistant, ce sont les conventions matrimoniales qui y sont contenues. Mais l'apport ne peut pas être considéré comme une convention matrimoniale ; le fait qu'il y a eu apport est indépendant de l'existence d'un contrat de mariage. Un apport peut être fait, qu'il y ait ou non des conventions matrimoniales ; mais, dans le second cas, l'apport, au lieu d'être soumis à un régime choisi et réglé par les parties, est soumis au régime de la communauté légale. Il importe donc de prouver le fait de l'apport ; il peut l'être par l'acte notarié qui est valable, comme acte authentique, pour tout ce qui est étranger aux conventions matrimoniales (1).

32. — Qui peut invoquer l'inexistence d'un contrat de mariage infecté d'un vice de forme ? La réponse à cette question est facile : toute personne intéressée ; car un acte inexistant ne saurait avoir d'effet vis-à-vis de qui que ce soit. C'est là le seul motif qu'on puisse donner. Tout le monde est d'accord sur ce point ; mais la jurisprudence motive diversement ses décisions. Un arrêt invoque pour raison que c'est une nullité d'ordre public (2) ; un autre arrêt dit que le contrat intéresse les tiers (3) ;

(1) Riom, 24 août 1846, D. 47, 4, 110 ; Aubry et Rau, V, p. 254.
(2) Caen, 9 mai 1884, D. Rép. v° *Contr. de mar.*, n° 265.
(3) Nîmes, 8 janv. 1850, D. 1850, 2, 188.

enfin, la Cour de cassation se borne à déclarer que, en pareille matière, les tiers peuvent se prévaloir de la nullité contre les époux, comme l'un des époux peut s'en prévaloir contre l'autre, contre ses ayants cause et contre les tiers (1). A notre avis, il suffit de montrer que le contrat est inexistant (2).

33. — Mais on s'est demandé si la nullité ne serait pas relative au cas où elle provient du défaut de présence à l'acte de l'un des époux. Dans ce cas, est-elle opposable seulement par l'époux qui n'a pas assisté au contrat ? Ou bien la nullité est-elle encore une nullité absolue, par suite opposable même par l'époux qui a figuré au contrat de mariage ?

Il semblerait juste de décider ici que l'époux qui n'a pas été présent peut seul se prévaloir de la nullité. Il peut alléguer qu'il a été trompé, et qu'il n'a pas eu connaissance du projet de contrat de mariage. Quant à l'époux présent, il ne saurait tenir le même langage, il doit être lié par le contrat auquel il a adhéré, tant que son conjoint n'invoque pas la nullité.

Cette considération d'équité est plus apparente que réelle. L'époux qui a figuré au contrat s'est cru lié, cela est certain ; mais il a compté aussi que son conjoint le serait, sinon il ne se serait pas lié lui-même. Comment peut-on concevoir une convention de mariage qui lie l'un des futurs époux sans lier l'autre en même temps ? La situation qui en résulterait serait une inégalité manifeste entre les époux ; la position de l'époux qui a assisté au contrat de-

(1) Rej. civ. 29 mai 1854, D. 1854, 1, 207.
(2) Laurent, XXI, 53 et 61.

meurerait longtemps incertaine, et le mettrait dans l'impossibilité de traiter avec les tiers. Cette situation différente se comprend entre un individu capable et un incapable qui ont traité ensemble, car il y a des raisons qui militent en faveur de la protection des incapables. Mais ici pourquoi protégerait-on l'un des époux plus que l'autre ? La vérité, c'est que le contrat est inexistant parce que la présence des deux époux est nécessaire pour la solennité de l'acte ; il en est de ce défaut de forme comme de tous les autres, il entraîne l'inexistence du contrat. Aussi est-ce avec raison qu'on a décidé que la nullité peut être invoquée même par celui des deux époux qui a assisté au contrat (1).

34. — La dernière conséquence qui découle de ce que le contrat de mariage nul pour vice de forme est inexistant, c'est qu'il n'est susceptible d'aucune confirmation, à quelque époque qu'on se place. Nous envisagerons la question à quatre époques successives : avant le mariage, au moment de la célébration du mariage, après le mariage, après sa dissolution.

35. — Le contrat de mariage nul en la forme peut-il être ratifié avant le mariage ? MM. Aubry et Rau disent que le contrat de mariage, dressé en l'absence des époux ou de l'un d'eux, peut être ratifié avant le mariage, dans la forme déterminée par les articles 1396 et 1397 (Aubry et Rau, V, p. 235). Ce moyen de remédier, avant le mariage, à la nullité qui frappe le contrat de mariage, ne nous paraît pas légal. Il n'est pas vrai de dire que le contrat pourra

(1) Grenoble, 7 juin 1851, S. 51, 2, 613 ; Pau, 1er mars 1853, S. 54, 2, 34 ; Rodière et Pont, I, 147 ; Aubry et Rau, V, p. 233.

être ratifié, mais il est vrai de dire qu'il pourra être refait avant le mariage.

Les articles 1396 et 1397 visent une hypothèse toute différente de la nôtre. Ils supposent qu'il y a eu un contrat valable que les parties veulent modifier avant le mariage, et ils indiquent les règles qui devront être observées pour ces changements ou contre-lettres ; l'inobservation des prescriptions des articles 1396 et 1397 empêchera les contre-lettres d'être valables, mais le contrat de mariage qu'on s'était proposé de modifier conservera son entier effet. Ces articles sont complètement étrangers aux contrats inexistants, et ils ne sauraient fournir un moyen de leur rendre une efficacité qui leur a manqué dès le début. Un contrat qui n'existe pas n'est pas de ceux qu'on peut modifier ; il doit être refait dans la forme légale, en évitant cette fois la cause de nullité qui a motivé l'inexistence du premier contrat.

La jurisprudence elle-même paraît accepter la possibilité de ratifier en se fondant sur les articles précités, mais elle manque de précision (1). Un arrêt renvoie à l'application des règles sur la confirmation. Des conventions matrimoniales avaient été consenties par un père se portant fort pour sa fille ; la Cour de Nîmes admet que ces conventions seront obligatoires pour la fille, lorsqu'elle aura manifesté la volonté de se les approprier, ce qu'elle devra faire en la forme indiquée par l'article 1338 (2).

Ces théories ne peuvent être admises. Le contrat de mariage inexistant ne peut être ratifié ; mais,

(1) Grenoble, 7 juin 1851, D. 53, 2, 122. Rej. civ. 29 mai 1854, D. 54, 1,207.

(2) Nîmes, 8 janv. 1850, D. 50, 2, 188.

jusqu'au mariage, il est encore temps de le refaire dans les formes et avec la solennité que la loi exige. Il faut dire du contrat de mariage ce que l'article 1339 dit de la donation, autre contrat solennel : aucun acte confirmatif ne peut réparer les vices d'une donation entre-vifs, le donateur ne peut que la refaire. De même, si le contrat de mariage est nul en la forme, il faut qu'il soit refait en la forme légale.

36. — Le contrat inexistant n'a pas été refait avant le mariage. Quel sera l'effet de la célébration du mariage? Le contrat demeurera inexistant ; la célébration du mariage est ici sans influence.

La question a pourtant été posée. On s'est demandé si, dans le cas où la nullité résulte de l'absence des époux ou de l'un d'eux, la célébration du mariage n'emportait pas confirmation ou plutôt ratification. Le doute vient de ce que les tribunaux ont quelque hésitation sur le point de savoir s'il y a dans ce cas inexistence du contrat, ou s'il y a simplement un vice pouvant disparaître devant une confirmation expresse ou tacite. Mais, en admettant même la possibilité d'une confirmation, une confirmation tacite, comme la célébration du mariage, serait impuissante à couvrir la nullité résultant du défaut de présence. Cette confirmation serait destinée à remplacer le consentement ; or, en matière de conventions matrimoniales, le consentement doit être exprès et donné en la forme authentique.

Mais, depuis la loi du 10 juillet 1850 qui prescrit de mentionner le contrat de mariage dans l'acte même de célébration, n'y aurait-il pas une confirmation suffisante dans le fait que les prescriptions de cette loi ont été observées ? On pourrait le croire, parce

que les deux époux ont dû être interpellés sur l'existence du contrat, et qu'ils auront ainsi reconnu d'une façon solennelle qu'un contrat de mariage a été rédigé. Ici encore, si l'on pouvait admettre la confirmation, il n'y aurait pas confirmation suffisante, parce qu'elle implique bien reconnaissance de l'existence d'un contrat, mais non consentement apporté aux diverses clauses du contrat.

D'ailleurs, pas plus avant qu'après la loi de 1850, on ne saurait admettre que la célébration du mariage emporte confirmation d'un contrat de mariage nul pour vice de forme. Un acte inexistant n'est pas susceptible de confirmation, qu'elle soit tacite ou expresse (Aubry et Rau, V, p. 235). Nous allons voir maintenant qu'une confirmation pendant le mariage n'est pas plus admissible, toujours pour la même raison.

37. — Appliquant toujours les mêmes idées, nous dirons que la confirmation n'est pas possible pendant le mariage ; celle-ci porterait atteinte à la règle de l'article 1394 qui veut que les conventions matrimoniales soient rédigées avant le mariage. En vain répondra-t-on que le principe de l'article 1394 est sauvegardé, parce que la confirmation rétroagira au jour du mariage. On oublie qu'à ce moment, faute de contrat valable, la communauté légale a pris naissance entre les époux. Il y aurait contrariété entre ce régime et celui qui résulte du contrat confirmé. Quel serait alors le véritable régime ? Comme la confirmation ne peut préjudicier aux droits des tiers, vis-à-vis d'eux il faudra réputer les époux mariés sous le régime de la communauté légale, tandis que les époux, dans leurs rapports entre eux,

seraient mariés sous le régime adopté dans le contrat. Cette situation anormale n'est pas acceptable ; on ne peut admettre cette coexistence de deux régimes matrimoniaux (Aubry et Rau, V, p 235).

Voilà à quelles conséquences absurdes on aboutit lorsqu'on se refuse à reconnaître le principe bien simple que le contrat de mariage, nul pour vice de forme, est inexistant et par suite non susceptible de confirmation.

C'est encore à l'occasion d'un contrat de mariage passé en l'absence des époux ou de l'un d'eux que la question s'est posée de savoir si la confirmation est possible pendant le mariage. Seulement, c'est plutôt d'une question de ratification que d'une question de confirmation dont il s'agit ici. La question est en réalité de savoir si le consentement donné par le père au nom du futur conjoint peut être ratifié pendant le mariage par ce dernier. Mais les arrêts ne sont pas bien nets sur la distinction entre confirmation et ratification ; ils hésitent entre la confirmation et la ratification proprement dite. La plupart des arrêts qui admettent la doctrine que nous combattons parlent de confirmation ou de ratification dans le sens de l'article 1338.

Mais la Cour de cassation nous paraît avoir formulé la véritable doctrine. Elle dit en effet que le contrat de mariage n'ayant jamais eu d'existence, l'époux non présent lors de l'acte n'a pas pu le ratifier comme ayant été fait en son nom (Laurent, XXI, 60).

Ce que nous disons du contrat de mariage antérieur au mariage et infecté d'un vice de forme doit être dit aussi du contrat de mariage inexistant pour avoir été dressé postérieurement à la célébration du mariage.

Aucune confirmation n'est possible, puisque, au point de vue juridique, rien n'a été fait. La confirmation d'ailleurs serait impossible, car elle ne peut avoir lieu qu'autant que l'état de choses qui constitue le vice a cessé; or, ici le vice consiste en ce que le contrat de mariage est postérieur au mariage ; ce vice n'étant pas de nature à cesser, toute confirmation devient impossible.

38. — Enfin, nous envisagerons une dernière époque, celle de la dissolution du mariage, et nous verrons si à ce moment le contrat de mariage infecté d'un vice de forme est susceptible de confirmation ou de ratification. Nous pensons qu'on ne doit pas se départir de la règle absolue qui veut qu'un contrat inexistant ne puisse être, à aucun moment, soit confirmé, soit ratifié.

MM. Aubry et Rau admettent pourtant que le contrat de mariage, nul en la forme, est susceptible de confirmation par les héritiers. Ils admettent que, au cas d'absence des époux ou de l'un d'eux au contrat de mariage, les héritiers du conjoint prédécédé et le survivant peuvent s'approprier le contrat à la dissolution du mariage, soit par une déclaration expresse de ratification, soit tacitement, en réglant leurs droits respectifs conformément aux dispositions qu'il renferme. Puisque les héritiers peuvent confirmer le contrat, il en résulte, d'après ces auteurs, que l'action en nullité se prescrit par dix ans, à partir du jour du décès de l'un des époux (Aubry et Rau, p. 235 et 249). Cette conséquence logique est acceptée par la Cour de cassation (1) : c'était néces-

(1) Rej. civ. 26 avril 1869, D. 69, 1,246.

saire, car la prescription de dix ans est une confirmation tacite.

Nous combattons encore cette doctrine. Certes, après la dissolution du mariage, les époux ou leurs héritiers peuvent faire entre eux telles conventions qu'il leur plaît, et ils peuvent prendre comme base de leurs conventions et règlements le contrat de mariage lui-même, bien qu'il n'ait aucune valeur juridique. Mais il convient de préciser la nature de ces conventions. Ce sont des conventions toutes nouvelles qui, si elles se rattachent au contrat inexistant, ne s'y rattachent point en droit, mais seulement en fait, parce que des dispositions en ont été reproduites.

Est-ce là une confirmation ? Nullement : les héritiers ne peuvent pas plus confirmer après la dissolution du mariage que les époux ne le pouvaient pendant le mariage. On ne saurait invoquer l'article 1340 comme un argument d'analogie. D'après cet article, les héritiers du donateur peuvent confirmer la donation, quoique le donateur lui-même ne puisse la valider par aucun acte confirmatif (art. 1339). Mais c'est là une disposition d'ordre exceptionnel, et les motifs qui peuvent servir à la justifier ne s'appliqueraient pas au contrat de mariage.

En nous plaçant au point de vue du cas que fait naître l'absence de l'un des époux au contrat de mariage, quel serait le vice engendrant une action en nullité, que les parties, en procédant à une confirmation, renonceraient à invoquer ? Ce serait l'absence de consentement. Ce vice entraîne nécessairement l'inexistence du contrat, il est irréparable ; et ce seraient les héritiers qui pourraient effacer le vice

dérivant du défaut de consentement de leur auteur ! On ne saurait l'admettre.

Nous trouvons pourtant des arrêts qui préconisent cette doctrine. Ainsi, la Cour de Nîmes pose en principe que la nullité du contrat est d'ordre public. Mais elle cesse d'être d'ordre public à la dissolution du mariage ; à ce moment, les intéressés peuvent y renoncer, et ils s'interdisent ainsi le droit de l'invoquer plus tard (1). En réalité, c'est admettre la confirmation.

Nous répétons une dernière fois que le contrat, étant inexistant, ne peut être confirmé par les héritiers. « Le néant reste toujours le néant », dit M. Laurent (XXI, 46, 52, 60).

Avec notre doctrine, il ne peut plus être question de prescription de dix ans contre les héritiers ; il est inutile d'insister ; la prescription de dix ans suppose la nullité, non l'inexistence.

Mais la Cour de cassation, qui admet, dans un arrêt que nous avons déjà cité, cette prescription de dix ans, consacre au contraire dans un autre arrêt la véritable doctrine. Elle déclare qu'après la dissolution du mariage, il est permis aux parties de régler leurs intérêts par un nouvel acte, comme elles le jugent convenable ; mais cette convention n'est pas régie par l'article 1338. Seulement, le motif qu'elle en donne n'est pas exprimé d'une façon précise. En effet, dit la Cour, cette disposition suppose l'existence d'un acte entaché d'un vice ou d'une nullité qu'il s'agit de réparer ou de couvrir ; elle ne reçoit pas d'application au cas d'un acte nul d'une nullité d'ordre public, acte que les parties n'auraient même pu faire après la dissolution du mariage.

(1) Nîmes, 6 août 1851, D. 1853, 2, 123.

qu'en Belgique, en Italie, dans les Pays-Bas et dans quelques pays de l'Allemagne (Alsace-Lorraine, Bade, Prusse Rhénane), il faut un acte rédigé par un notaire. D'autres législations, comme le *Landrecht* prussien, font résulter l'authenticité de l'intervention de la Justice. D'autres enfin veulent que le contrat ait été approuvé par le Conseil communal ou par un tribunal, parfois même par les deux : telles sont les législations cantonales d'Appenzell, de Schaffhouse, de Zurich.

A l'instar de notre législation, la plupart des lois étrangères exigent que le contrat de mariage précède la célébration du ménage et prohibent tout changement aux conventions matrimoniales pendant le mariage. C'est la règle posée dans le nouveau Code italien que nous avons déjà cité (art. 1382, 1385).

Les exceptions sont peu nombreuses; nous citerons la loi du canton des Grisons qui valide le contrat passé après le mariage, la loi du canton de Fribourg qui permet d'adopter au cours du mariage le régime de la communauté réduite aux acquêts, enfin la loi Baltique qui admet que le contrat peut être rédigé et modifié après la célébration du mariage.

40. — Ces différences entre les législations étrangères et la nôtre font naître des difficultés lorsqu'un Français, étant à l'étranger, veut faire son contrat de mariage. A quelle forme devra-t-il recourir ? Il ne peut être question d'acte authentique en la forme française ; il n'y a pas à l'étranger de notaires français. Puisque la loi française veut que l'acte soit authentique, faudra-t-il employer la forme authentique en vigueur dans le pays où le Français se trouve, ou bien suffira-t-il de rédiger le contrat dans la

forme quelconque employée dans ce pays pour les contrats de mariage ?

La plupart des auteurs répondent à cette question en appliquant purement et simplement la règle *Locus regit actum*. Il en résulte qu'un Français pourrait faire valablement son contrat de mariage sans solennité, dans un pays où la loi n'en exige aucune, bien qu'en droit français ce contrat soit solennel (1).

Dans notre opinion, il faudra bien tenir compte de la règle *Locus regit actum*, mais nous ne pensons pas que la question se trouve résolue par son application pure et simple. Ce serait donner à cette règle un sens et une portée qu'elle n'a pas. Dans la doctrine qui seule nous paraît exacte, la règle *Locus regit actum* ne s'applique qu'à la forme instrumentaire d'un écrit public; cette forme en effet doit être réglée par la loi personnelle de l'officier public qui rédige l'écrit, et cette loi est celle du lieu de la rédaction. C'est même là le seul cas d'application de notre règle. Mais elle est étrangère à la détermination des conditions de solennité exigées pour certains actes. Lorsqu'il s'agit d'une formalité requise *ad solemnitatem*, la question qui se pose doit être considérée comme une question de capacité; par conséquent, elle rentre dans le statut personnel, et c'est la loi personnelle des parties qu'il faut suivre.

La distinction que nous faisons, quant à l'application de la règle *Locus regit actum*, entre la forme

(1) Troplong, I, 188 ; Demolombe, I, 106 ; Weiss, Traité de dr. intern. privé, p. 686 ; Guillouard, I, 333, 335.

instrumentaire des actes publics et la forme des contrats solennels était déjà faite dans l'ancien droit. Lorsque des solennités étaient nécessaires pour la naissance d'un acte juridique, on écartait la règle *Locus regit actum*, et on appliquait la loi personnelle ou la *lex rei sitæ*. On ne saurait se prévaloir aujourd'hui de la solution que l'article 170 du Code civil donne pour le mariage. Cet article est exceptionnel et étend la règle *Locus regit actum* au delà de sa portée ordinaire.

En résumé, la question que nous devons nous poser ici n'est pas celle de savoir si un écrit authentique que l'on produit est régulier en la forme, — c'est là une question que l'on résout par la règle *Locus regit actum*, — mais nous devons rechercher si une formalité est nécessaire pour la formation même d'un acte juridique. Cette autre question, la règle *Locus regit actum* ne saurait la résoudre. Les formes des contrats solennels ne sont donc jamais régies par la *lex loci actus*. On leur applique, soit la loi personnelle, soit la *lex rei sitæ*, suivant le but que le législateur s'est proposé en exigeant la solennité.

Voilà les principes qu'il importait d'établir dès le début pour justifier notre solution. Nous les appliquerons au contrat de mariage. C'est pour avoir méconnu le véritable caractère de la règle *Locus regit actum*, que beaucoup d'auteurs éminents ont été conduits à admettre que le contrat de mariage d'un Français en pays étranger pouvait être fait par acte sous seing privé, si ce pays n'admet que cette forme du contrat de mariage.

41. — Pour les auteurs dont nous combattons l'opinion, la question de savoir si un acte doit être

reçu en la forme authentique ou en la forme sous seing privé est une pure question de forme de l'acte, et ces questions sont régies par la loi du lieu; ils appliquent donc la règle *Locus regit actum* aux formes des contrats solennels.

Dans la doctrine de ces auteurs, la forme sous seing privé, dans un pays qui admet cette forme pour tel acte déterminé, équivaut à la forme authentique dans un autre pays qui exigerait l'authenticité pour ce même acte; car, dit-on, cette différence n'est pas intrinsèque, mais extrinsèque; elle n'est pas dans le fond, mais dans la forme.

On reconnaît bien que la forme a une importance exceptionnelle, en ce qui touche le contrat de mariage, et que, dans la pensée de notre législateur, son but est d'assurer le consentement libre et éclairé des parties. Mais, malgré cette concession, on se refuse à y voir autre chose qu'une question de forme, et, comme telle, on la résout par la règle *Locus regit actum*.

De plus, la nécessité elle-même l'exige, nous dit encore M. Demolombe. Qu'arriverait-il en effet si l'officier public étranger refusait de recevoir un acte qui n'est pas dans ses attributions et pour lequel il n'a aucun pouvoir, puisque, d'après la loi du pays, cet acte se fait sous seing privé ?

Enfin, l'application de la règle *Locus regit actum* serait fondée aussi sur la bonne foi, l'équité et l'ordre public. Les parties doivent pouvoir compter sur la stabilité des contrats qu'elles ont loyalement passés dans les formes du pays où elles se trouvent. Il y aurait injustice à annuler ces actes sur la foi desquels des droits ont été créés et des familles se sont fondées.

La jurisprudence a consacré cette doctrine. La Cour de Paris, par deux arrêts différents, a maintenu des contrats de mariage avec les donations qu'ils renfermaient, contrats rédigés par acte sous seing privé, l'un à Londres, l'autre à Munich, par des Français qui s'y étaient réfugiés (1). La Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens, et la jurisprudence la plus récente est conforme (2).

Une restriction est pourtant apportée à ce système. La règle *Locus regit actum* est, dit-on, facultative en principe. Rien n'empêchera donc les parties, si elles ont l'une et l'autre la même nationalité, de recourir de préférence aux formes organisées par leur législation personnelle, toutes les fois que cela sera possible. Ainsi, un Français et une Française étant en pays étranger pourront charger un notaire de ce pays de rédiger leurs conventions matrimoniales conformément à la loi française ; au cas de refus de l'officier public étranger, l'authenticité pourrait être valablement donnée au contrat de mariage par le chancelier du consulat français qui remplit pour nos nationaux expatriés les fonctions de notaire, en vertu des ordonnances de 1681 (tit. IX, art. 24) et du 3 mars 1781 (art. 21). Dans le cas où les Français ont ainsi renoncé à la règle *Locus regit actum*, ils doivent, bien entendu, se conformer à toutes les règles de forme exigées par la loi française.

Ce qui est présenté comme une restriction n'est pas admissible. Il faut, oui ou non, appliquer la règle

(1) Paris, 11 mai 1816, S. 1817, 2, 10 ; Paris, 22 nov. 1828, S. 1829, 2, 77.

(2) Cass. 18 avril 1865, S. 1865, 1, 317 ; Rennes, 4 mars 1880, S. 1881, 2, 265.

Locus regit actum à la forme des actes solennels. Pour nous, la règle *Locus regit actum* ne saurait être facultative. Comme elle ne s'applique qu'à la forme instrumentaire des écrits publics, elle est le résultat d'une obligation personnelle imposée à l'officier public rédacteur, et par conséquent elle est impérative.

42. — La plupart des auteurs qui admettent que le Français à l'étranger peut faire son contrat de mariage par acte sous seing privé admettent en même temps qu'il pourra le faire après le mariage, si la loi du pays étranger l'y autorise. On considère les articles 1394 et 1395 du Code civil comme contenant des prescriptions relatives à la forme du contrat, et on applique encore la règle *Locus regit actum* (1). La jurisprudence est dans le même sens (2).

43. — Après avoir posé les principes sur lesquels nous devons nous appuyer pour résoudre la question, après avoir exposé et réfuté une théorie qui nous semble en avoir fait une fausse application, nous devons préciser notre doctrine.

Le Français qui se marie à l'étranger ne fera un contrat de mariage valable que par acte authentique (art. 1394, al. 1). Nous appliquons la loi personnelle, parce que la forme authentique est requise, non pour la preuve, mais pour l'existence de l'acte, et que l'authenticité de l'acte est destinée à protéger la liberté des futurs époux. On doit donc écarter, non seulement la *lex loci locus*, mais encore la *lex rei sitæ*.

Cette solution doit être maintenue, même lorsque

(1) En sens contraire : Weiss, op. cit., p. 685.

(2) Toulouse, 7 mai 1866, D. 1866, 2, 109 ; Cass. 11 juillet 1855, D. 1856, 1, 9 ; Cass. 24 déc. 1867, S. 1868, 1, 134.

la loi personnelle de l'un des futurs conjoints autorise le contrat de mariage sous seing privé.

Mais la nécessité de l'acte authentique une fois admise, nous admettrons sans peine que les formes instrumentaires de cet acte authentique seront régies par la *lex loci actus*. Voilà dans quelle mesure nous appliquons la règle *Locus regit actum* ; c'est là sa vraie portée. Nous réservons, bien entendu, la compétence des consuls.

Inversement, si un étranger veut faire en France son contrat de mariage, nous dirons qu'il pourra le faire sous seing privé, si sa loi personnelle l'admet.

De plus, le contrat de mariage du Français à l'étranger devra toujours précéder le mariage. Nous avons dit que l'époque de la rédaction du contrat de mariage devait être considérée comme l'un des éléments de la solennité du contrat. Cette condition est exigée pour protéger la liberté des époux ; il faut lui appliquer la loi personnelle, c'est-à-dire l'exiger du Français, même quand il fait son contrat de mariage à l'étranger.

Inversement, le contrat de mariage fait en France par un étranger pourrait suivre le mariage, si cela était possible d'après la loi personnelle des époux.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA PUBLICITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE

TITRE PREMIER

DE LA PUBLICITÉ REQUISE PAR LE CODE DE COMMERCE

CHAPITRE PREMIER.

GÉNÉRALITÉS SUR LA PUBLICITÉ DU RÉGIME MATRIMONIAL DES COMMERÇANTS.

44. — La publicité du régime matrimonial des commerçants est réglée par les articles 65 à 70 du Code de commerce. Il soumet à une certaine publicité le contrat de mariage du commerçant qui se marie ; de même, il soumet aussi à la publicité le contrat du mariage de celui qui, n'étant pas commerçant au moment où il se marie, le devient pendant le mariage. Nous parlerons de ces deux hypothèses dans deux chapitres différents.

Les commerçants ne sont pas les seuls pour lesquels la loi exige la publicité du contrat de mariage. Aujourd'hui, depuis une loi du 10 juillet 1850, tous

les contrats de mariage sont soumis à une certaine publicité. Quoique la publicité organisée par la loi du 10 juillet 1850 soit applicable d'une façon générale à toute personne, nous ne la traiterons qu'après avoir parlé de la publicité établie par le Code de commerce ; cette dernière est spéciale à certaines personnes, mais elle est antérieure en date.

On peut se demander si, depuis la loi de 1850, la publicité spéciale applicable aux commerçants est toujours requise; c'est une question que nous examinerons plus tard, quand nous aurons mieux fait connaître les prescriptions de cette loi.

45. — Cette publicité du contrat de mariage du commerçant est exigée, tantôt dans l'intérêt des tiers, tantôt dans l'intérêt du commerçant lui-même. La publicité est dans l'intérêt des tiers qui viendraient à contracter avec l'époux commerçant, lorsque celui-ci a, par suite de son contrat de mariage, des droits moins étendus que ceux que lui conférerait la communauté légale, régime de droit commun auquel il serait soumis à défaut de contrat. La publicité est dans l'intérêt du commerçant lui-même, lorsque le régime matrimonial est la communauté légale ou un régime qui lui confère des avantages supérieurs à ceux qu'il aurait d'après ce régime de droit commun.

En résumé, la publicité est dans l'intérêt des tiers lorsque le régime adopté diminue le crédit du conjoint commerçant, par rapport à la situation que lui ferait le régime de la communauté légale; elle est dans l'intérêt du commerçant lui-même lorsque, par rapport à cette même situation, son crédit se trouve augmenté, et lorsque son régime est celui de la communauté légale.

La communauté légale donne un crédit considérable à l'époux commerçant. En effet, lorsque les tiers traitent avec le mari, ils ont pour gage de leurs créances, non seulement les biens propres du mari, mais aussi ceux de la communauté (C. C. art. 1421) ; lorsqu'ils traitent avec la femme commerçante, autorisée par son mari à faire le commerce, ils ont pour gage, outre les biens personnels de celle-ci, ceux de la communauté et même ceux du mari (C. C. art. 1426 ; C. com. art. 5). Les époux ont intérêt à faire connaître aux tiers ces éléments nouveaux de crédit. La publicité est aussi dans l'intérêt de l'époux commerçant lorsque le régime étend à son profit les droits qui résultent de la communauté légale ; telle est la communauté universelle.

Il y a au contraire d'autres régimes qui enlèvent à l'époux commerçant une partie de son crédit, et que les tiers ont par suite intérêt à connaître. Ainsi, une femme commerçante se marie et adopte le régime dotal : d'une part, l'usufruit de ses biens dotaux appartenant au mari, ses créanciers ne peuvent en saisir que la nue propriété, si elle n'est autorisée que par justice à faire le commerce (en admettant toutefois que cela soit possible dans quelques hypothèses) ; d'autre part, elle est frappée d'incapacité quant à ses biens dotaux (C. com. art. 7).

46. — L'ordonnance de 1673 (tit. VIII, art. 1), dont le Code de commerce s'est inspiré, ordonnait la publicité du contrat de mariage des marchands dans les termes suivants :

« Dans les lieux où la communauté de biens d'entre mari et femme est établie par la coutume ou par l'usage, la clause qui y dérogera dans les con-

trats de mariage des marchands... sera publiée... » Le même article portait, comme sanction de cette prescription, la nullité de toute clause dérogeant à la communauté légale : « La clause sera publiée... à peine de nullité; et la clause n'aura lieu que du jour qu'elle aura été publiée et enregistrée. »

Mais, on le voit, la prescription de l'ordonnance était moins étendue que celle de notre Code de commerce. Pour que la publicité fût exigée, deux conditions étaient nécessaires : 1° il fallait que l'on fût dans un lieu où la communauté de biens était établie par la coutume ; 2° il fallait que les clauses du contrat dérogeassent à la communauté.

47. — Les articles 65 à 70 du Code de commerce, tout en reproduisant l'idée générale de l'ordonnance de 1673, ont beaucoup élargi le système de publicité.

La publicité a été appliquée à tout contrat de mariage d'un commerçant, quel que soit le régime qui sert de base au contrat ; il importe peu du reste que l'époux soit commerçant au moment de son mariage ou qu'il le devienne par un fait postérieur Cette publicité s'applique, soit au régime primitivement établi par le contrat, soit à la modification ultérieure qui peut y être apportée par un jugement de séparation de corps ou de séparation de biens. La rubrique du titre comprenant les articles 67 à 70 que nous avons à commenter est vicieuse : elle porte des séparations de biens, titre trop restreint, puisqu'il ne comprend que l'un des cas de publicité qui peuvent se présenter et qu'il ne fait aucune allusion à ceux qui vont nous occuper. Cette restriction s'explique par ce fait qu'on a reproduit la rubrique du titre de l'ordonnance de 1673.

48. — A certains points de vue, il importe de distinguer, avec le Code de commerce, le cas où la publicité concerne un commerçant et le cas où elle concerne un non-commerçant qui, étant déjà marié, entreprend un commerce. Mais l'objet de la publicité et ses formes sont identiques dans les deux cas.

Ce qui, aux yeux de la loi, doit être rendu public, c'est seulement le régime auquel les époux se sont soumis. On n'exige pas une reproduction intégrale du contrat de mariage. La proposition en avait été faite, mais elle fut repoussée. On n'a pas voulu, par une publicité aussi complète, créer une gêne pour les familles, et l'on a craint d'apporter des entraves aux mariages des commerçants. C'est le même motif qui a fait écarter la publicité des apports des époux. Que les tiers, intéressés à connaître quelques renseignements complémentaires, les exigent avant de traiter !

Les articles 67 à 68 du Code de commerce renvoient, pour les formes de la publicité, à l'article 872 du Code de procédure civile. Il faut que des affiches soient apposées dans quatre endroits : 1° au tribunal civil du domicile du mari, même si c'est la femme qui est commerçante, car elle est domiciliée chez lui ; 2° au tribunal de commerce du même domicile et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce dans l'arrondissement, dans la principale salle de la maison commune ; 3° à la chambre des avoués ; 4° à la chambre des notaires. Il est clair que les affiches ne sont apposées dans ces deux derniers endroits qu'autant qu'ils existent dans l'arrondissement. L'affichage doit durer un an.

L'ordonnance de 1673 était moins exigeante : elle

se bornait à prescrire la publication à l'audience de la juridiction consulaire et l'insertion dans un tableau exposé en lieu public.

Le système de publicité par voie d'affiches présente un grand inconvénient, il est temporaire. Le nouveau Code de commerce belge a apporté une modification importante au mode de publicité, et on pourrait souhaiter qu'elle fût introduite dans notre législation. L'extrait du contrat de mariage est transcrit sur un registre spécial tenu au greffe. Ce registre, suivi d'une table alphabétique, est communiqué sans frais à toute personne intéressée. Il en résulte que la publicité est permanente, et que l'on retrouve à toute époque la trace du contrat de mariage du commerçant.

Nous avons dit que les règles de la publicité différaient suivant que les époux ou l'un d'eux étaient déjà commerçants lors de la célébration du mariage, ou qu'ils sont devenus commerçants pendant le mariage. Ces différences, nous le verrons dans les chapitres qui suivent, tiennent surtout aux personnes qui doivent faire la publication et à la sanction de cette obligation.

CHAPITRE II.

DE LA PUBLICITÉ DU CONTRAT LORSQUE L'ÉPOUX EST COMMERÇANT AU MOMENT DU MARIAGE.

49. — Lorsque les époux, ou l'un d'eux, étaient déjà commerçants au moment de la célébration du mariage, la loi charge le notaire qui a reçu le contrat de mariage de faire les dépôts d'extrait du contrat aux lieux que nous avons désignés. Ces dépôts doivent être effectués dans le mois du contrat (C. com. art. 67). Mais le notaire ne doit pas attendre que le mariage soit célébré (1). Notons aussi que le délai d'un mois est invariable et que le notaire est en faute, même si le dernier jour du mois est un jour férié.

Cette publicité est prescrite pour tout contrat de mariage, quel que soit le régime adopté dans ce contrat. L'ordonnance de 1673 au contraire, dans un article que nous avons reproduit, n'exigeait la publicité qu'autant que les époux avaient adopté un régime autre que celui de la communauté, un régime restreignant par conséquent leurs droits. Cela provient de

(1) Lyon-Caen et Renault, Précis de droit commercial, I, 243.

ce que l'ordonnance avait en vue seulement l'intérêt des tiers, tandis que le Code de commerce se préoccupe en même temps d'assurer le crédit des époux.

Il est certain pourtant qu'aucune condition de publicité n'est exigée lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale, comme conséquence de ce qu'ils n'ont pas fait de contrat de mariage. En effet, la loi impose au notaire l'obligation de rendre public le contrat de mariage des époux. Ici, le texte ne peut plus s'appliquer, puisqu'il n'y a pas de notaire et que le régime est légal. D'ailleurs le défaut de publicité n'aura pas, dans ce cas, d'inconvénient pour les tiers, puisque ce régime ne peut être que favorable à ceux qui auraient traité avec l'époux commerçant.

Il en serait de même si les futurs époux avaient fait un contrat contenant simplement des libéralités, sans faire mention en même temps du régime qu'ils adoptent. Le notaire, dans ce cas, ne connaît pas le régime adopté par les futurs époux ; il est vraisemblable qu'il n'y a pas eu d'autre contrat et qu'ils seront mariés sous la communauté légale, mais néanmoins ce n'est pas certain, car un contrat de mariage peut avoir été passé chez un notaire autre que celui qui a reçu le contrat de donation. (Lyon-Caen et Renault, I, 243.)

Mais en dehors de ces hypothèses, la publicité est toujours exigée. Il ne faut pas s'attacher à la lettre au texte de l'article 67, 2e al., d'après lequel certaines hypothèses sembleraient exclues. D'après cet article, l'extrait du contrat de mariage *annoncera si les époux sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens ou s'ils ont contracté sous le régime dotal.* Le

texte omet donc le régime sans communauté ; ce régime est rare, il est vrai, mais il ne faudrait pas décider qu'il y ait dans ce cas dispense de publicité. On peut observer à cet égard que le nouveau Code de commerce belge est plus complet que notre Code de commerce. Nous y lisons : « L'extrait énoncera si les époux sont mariés en communauté, en indiquant les dérogations au droit commun, ou s'ils ont adopté le régime exclusif de communauté, celui de la séparation de biens ou le régime dotal. » (Lyon-Caen et Renault, I, 242.)

50. — Nous savons que, dans le système de l'ordonnance de 1673, la sanction du défaut de publicité était la nullité du contrat de mariage. La sanction édictée par le Code de commerce est différente : elle n'atteint que le notaire et non les époux.

Cette sanction est double, pénale et civile.

La sanction pénale contre le notaire consiste dans une amende. Cette amende était de 100 francs en vertu de l'article 68 du Code de commerce, mais elle a été abaissée à 20 francs par une loi du 16 juin 1824 sur les droits d'enregistrement et de timbre (art. 10). De plus, au cas de collusion, le notaire peut être destitué.

La sanction civile consiste dans la responsabilité du notaire envers les créanciers, mais seulement s'il est prouvé que l'omission est la suite d'une collusion.

Le contrat de mariage ne saurait donc être frappé de nullité pour le motif qu'il n'aurait pas été publié (1). L'obligation de publier le contrat de mariage n'est pas à la charge des époux ; si la nullité

(1) Cass. 20 avril 1869, S. 69, 1, 359.

du contrat pour défaut de publicité était prononcée, ce seraient les époux qui souffriraient de la faute du notaire.

51. — Est-ce à dire pourtant que les époux n'encourront jamais aucune responsabilité ? Non : les époux eux-mêmes peuvent être responsables s'ils se sont frauduleusement entendus avec le notaire pour que leur contrat de mariage ne soit pas publié. L'article 68 ne le dit pas, mais ce recours des créanciers peut être basé sur le principe général de l'article 1382 du Code civil. Les tribunaux dans ce cas pourraient déclarer non opposables aux tiers les clauses du contrat de mariage dérogatoires au droit commun qui leur préjudicieraient et qui n'auraient pas été rendues publiques, comme la loi le veut. En effet, des dommages-intérêts sont dus en vertu de l'article 1382 ; les dommages-intérêts qui répareront le plus directement le préjudice consistent à refuser aux époux la faculté de se prévaloir du régime qu'ils ont frauduleusement caché (Lyon-Caen et Renault, I, 244).

C'est une sanction analogue, mais plus restreinte, que la loi de 1850 édictera au cas où la publicité qu'elle prescrit ne sera pas observée. Du reste, depuis la loi de 1850, cette conséquence du défaut de publicité résultant d'une fraude commise de complicité avec le notaire se produira rarement, car les tiers auront eu le plus souvent un moyen de s'assurer si les époux avaient fait ou non un contrat de mariage.

52. — Pour savoir si une peine est encourue par le notaire, il faut rechercher si, oui ou non, les futurs époux ont, à la connaissance du notaire, la qualité de commerçants ; il n'y a pas à tenir compte des déclarations mensongères que l'époux aurait faites.

Ainsi, d'une part, le notaire encourt une amende et des peines plus graves en cas de collusion, si, sachant que l'un des époux est commerçant, il a omis de publier son contrat de mariage, alors même que dans le contrat cet époux aurait pris faussement la qualité de non-commerçant.

D'autre part, le notaire ne serait passible d'aucune peine si les extraits n'avaient pas été déposés, dans le cas où le futur époux s'est donné faussement la qualité de commerçant dans le contrat de mariage.

Enfin, il peut se faire que la qualité de commerçant de l'un des époux ne soit pas certaine en droit, et qu'elle soit controversée. Si le notaire a pu croire de bonne foi que cet époux n'était pas commerçant, il n'y a rien à reprocher au notaire, le doute sur cette question étant possible (Guillouard, I, 207).

CHAPITRE III.

DE LA PUBLICITÉ DU CONTRAT LORSQUE L'ÉPOUX DEVIENT COMMERÇANT PENDANT LE MARIAGE.

53. — Nous supposons à présent qu'aucun des époux n'était commerçant au moment de la célébration du mariage, mais que l'un d'eux ou tous les deux le sont devenus depuis le mariage. L'article 69 du Code de commerce exige encore dans cette hypothèse la publicité du contrat de mariage.

Dans ce cas, ce n'est plus le notaire qui est chargé d'assurer la publicité du contrat de mariage, — car il peut ignorer que l'un des époux est devenu commerçant, — mais c'est l'époux lui-même qui devient commerçant qui doit remplir cette formalité dans le mois à partir du jour où il a ouvert son commerce.

54. — Mais le texte de l'article 69 présente dans son application une difficulté. Il n'impose cette publicité qu'autant que les époux sont mariés sous le régime dotal ou sous celui de la séparation de biens. Que décider s'ils sont mariés sous un autre régime ? Faut-il également exiger la publicité ? Les auteurs sont partagés.

D'après les uns, il faut s'en tenir au texte de l'ar-

ticle 69. L'extension de ce texte pourrait être bonne en législation, mais l'interprète ne doit pas l'admettre. L'article 69 en effet édicte une peine pour une hypothèse qu'il précise ; on ne saurait appliquer cette pénalité par analogie au cas où les époux sont mariés sous d'autres régimes (1).

D'après d'autres auteurs au contraire, il ne faudrait pas s'attacher au texte de l'article 69. Certes, l'on comprend que la loi n'ait pas expressément obligé les époux à rendre public leur contrat de mariage quand ils sont mariés sous le régime de la communauté légale ou sous un régime extensif de la communauté ; la publicité dans ces hypothèses les intéresse en premier lieu, et leur intérêt les poussera à rendre le contrat public, sans qu'on ait eu besoin de le leur prescrire. Mais nous pensons qu'on peut dire que les époux y sont obligés au contraire, en dehors du régime dotal ou du régime de séparation de biens, sous le régime sans communauté ou même sous les régimes de communauté restrictifs de la communauté légale. C'est se conformer ainsi à l'esprit de la loi et aux motifs qui justifient l'article 69, à savoir le désir du législateur de porter à la connaissance des tiers le régime de l'époux commerçant toutes les fois que ce régime est restrictif de la communauté légale (Lyon-Caen et Renault, I, 245).

Cette doctrine a été à peu près consacrée dans le nouveau Code de commerce belge (art. 14). Il exige la publicité lorsque les époux sont mariés sous un régime autre que celui de la communauté légale.

(1) Boistel, Précis du cours de droit commercial, p. 108 ; Guillouard, I, 208.

Mais de la sorte on exigerait la publicité au cas où il s'agirait d'un régime de communauté conventionnelle extensif de la communauté légale. C'est aller trop loin ; dans ce cas, nous l'avons vu, la publicité ne devrait pas être imposée.

55. — La sanction de l'obligation imposée à l'époux qui devient commerçant pendant la durée du mariage est tout au moins une sanction pénale : nous rechercherons s'il y a aussi une sanction civile.

La sanction pénale est purement éventuelle. Si l'époux commerçant tombe en faillite, il peut être condamné comme banqueroutier simple (C. com., art. 69, 586-3°; C. pén., art. 402). Le texte primitif du Code de commerce était plus sévère : il prononçait les peines de la banqueroute frauduleuse. C'est la loi du 28 mai 1838 sur les faillites qui y a substitué les peines de la banqueroute simple et qui les a rendues facultatives. MM. Lyon-Caen et Renault se demandent s'il n'eût pas mieux valu, au lieu de cette sanction éventuelle, édicter une amende contre l'époux qui contrevient à la loi. Peut-être en effet cette sanction inévitable eût-elle été préférable ?

Mais les peines de la banqueroute au cas de faillite constituent-elles la seule sanction possible ? N'y a-t-il pas en même temps une sanction civile ? On peut se demander si l'époux contrevenant encourt une responsabilité pécuniaire vis-à-vis des tiers induits en erreur ; cette responsabilité aurait pour conséquence d'empêcher l'époux commerçant d'opposer à ces tiers les clauses dérogatoires à la communauté légale qui sont de nature à leur nuire. La doctrine est partagée sur cette question.

Dans une opinion, on dit que les tiers ne peuvent

écarter les dispositions du contrat de mariage qui leur nuisent. La seule sanction est dans l'article 69; ce sont les peines de la banqueroute simple. On ne peut en outre accorder aux tiers une action en indemnité. (Boistel, 145.)

Dans un autre système plus généralement suivi, on rend les époux responsables, au point de vue civil, du défaut de publicité. Il est vrai que l'article 68 du Code de commerce n'édicte pas cette sanction, mais les principes généraux du droit y conduisent. On est bien obligé de reconnaître, d'après l'article 1382, que quiconque a, par dol ou en n'observant pas les lois, trompé les tiers sur sa capacité, est responsable. Il n'est même pas nécessaire pour cela qu'il y ait eu une pensée de fraude, il suffit qu'il y ait eu une négligence dénuée de toute intention dolosive, et dès lors il y a un quasi-délit. En supposant que c'est une femme dotale qui a négligé de rendre son contrat public, au moment où, postérieurement au mariage, elle devenait commerçante, elle commet un quasi-délit; un arrêt de la Cour de cassation du 24 décembre 1860 a décidé que les conséquences de ce quasi-délit engageaient la dot (1).

Il a été décidé de même, par analogie, que la femme commerçante qui, mariée à l'étranger, ne fait pas publier son contrat de mariage en France, ne peut opposer aux tiers la dotalité de ses biens (2).

(1) Cass. 24 déc. 1860, S. 1861, 1, 983 ; Cass. 29 juillet 1869, S. 1870, 1, 11. — Aubry et Rau, V, p. 250 ; Lyon-Caen et Renault, I, 246 ; Guillouard, I, 209.

(2) Cass. 27 févr. 1883, S. 1884, 1, 185.

TITRE II

DE LA PUBLICITÉ REQUISE PAR LA LOI DU 10 JUILLET 1850

CHAPITRE PREMIER.

BUT ET PORTÉE DE LA LOI DU 10 JUILLET 1850.

56. — Un contrat de mariage, du moment où il est dressé conformément à la loi, est opposable aux tiers. Nous avons déjà dit que l'on n'appliquait pas au contrat de mariage la règle de droit commun de l'article 1165 qui veut que les conventions n'aient d'effet qu'entre les parties contractantes. Le contrat de mariage est une loi privée entre les époux, mais une loi dont les tiers subissent l'influence. Selon le régime matrimonial adopté par les époux, leur crédit est plus ou moins étendu ; leur capacité même de contracter peut se trouver fortement modifiée par le régime auquel ils se sont soumis.

L'intérêt qu'ont les tiers à connaître les contrats de mariage de ceux avec lesquels ils traitent est

manifeste : il ne faut pas qu'ils puissent être surpris par l'existence de clauses du contrat qu'ils avaient ignorées et qui restreignent les droits et la capacité de leur co-contractant dans des limites qu'ils n'avaient pas prévues. Les époux eux-mêmes, s'ils sont de bonne foi, doivent désirer que l'existence de leur contrat de mariage soit rendue publique. Leur intérêt l'exige : placés dans l'incertitude en ce qui concerne la véritable position créée aux époux par leur contrat de mariage, les tiers s'éloigneraient d'eux.

Aussi, dans une législation prévoyante des intérêts de chacun, est-il nécessaire qu'une publicité suffisamment large soit donnée au contrat de mariage ? Les considérations générales que nous avons présentées suffiraient à le démontrer ; mais nous préciserons, et nous montrerons quelle fraude la loi de 1850 a surtout voulu prévenir et empêcher.

On voit déjà quelle grave lacune existait dans le Code civil ; aucune publicité n'était donnée au contrat de mariage. Les articles 1394 à 1397 se bornaient à exiger la rédaction des conventions matrimoniales avant le mariage et par acte notarié. C'était insuffisant. Les tiers n'avaient aucun moyen de savoir s'il existait un contrat de mariage. Ils ne pouvaient consulter les minutes des notaires, car celles-ci ne sont pas à la disposition du public. D'ailleurs, à quel notaire s'adresser ? Il n'était guère possible aux tiers, si un contrat avait été rédigé, de savoir quel notaire l'avait reçu. La connaissance elle-même du lieu de célébration du mariage était impuissante à les éclairer, le contrat de mariage ayant pu être dressé dans une autre localité. La seule ressource

des tiers consistait à s'adresser aux époux eux-mêmes ; mais cette ressource était souvent illusoire, car les époux peuvent avoir intérêt à cacher leur contrat et à dissimuler le véritable régime sous lequel ils sont mariés. Les tiers se trouvaient donc à leur merci, et ne pouvaient pas toujours obtenir d'eux une déclaration sincère. Dans la pratique, des fraudes nombreuses étaient commises.

57. — Pour la première fois, on essaya de remédier aux abus lors de la rédaction du Code de commerce, par les articles 67 à 70 que nous avons déjà analysés. Mais, d'une part, le Code de commerce n'a pas établi d'une façon nette et rigoureuse la responsabilité des époux vis-à-vis des tiers ; c'est la jurisprudence qui a comblé cette lacune. D'autre part, ces dispositions n'étaient applicables qu'aux commerçants, de sorte que les tiers qui traitaient avec des époux non-commerçants ne recevaient aucune protection.

58. — En supposant les époux mariés sous certains régimes, les tiers pouvaient encore éviter le danger qui les menaçait ; il en était ainsi lorsque les époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, sous le régime exclusif de communauté ou sous le régime de séparation de biens. Ces régimes matrimoniaux permettaient aux tiers d'exiger l'intervention simultanée des deux époux, le concours de la femme au contrat passé avec le mari. La femme se trouvait alors tenue d'une obligation contractée solidairement ou conjointement avec son mari ; elle remplissait tout au moins le rôle de caution. Du moment où les époux étaient solvables, l'exécution du contrat était assurée.

Mais c'était là une précaution à laquelle les tiers ne songeaient pas toujours ; et d'ailleurs, dans la pratique, cette intervention des deux époux au contrat rencontrait souvent des obstacles qu'il n'était pas facile de surmonter.

Mais il y avait une situation contre laquelle le tiers le plus prévoyant était lui-même dans l'impossibilité de se prémunir : c'est la situation d'un époux marié sous le régime dotal qui a dissimulé son contrat de mariage et fait croire qu'aucun contrat n'a été rédigé. Le tiers qui avait traité avec une femme mariée sous le régime dotal, dans l'ignorance qu'elle est mariée sous ce régime, se trouvait frustré, sans trouver dans le droit civil lui-même aucun moyen d'échapper aux conséquences de la mauvaise foi de son co-contractant. Dans quelle situation le régime dotal place-t-il donc la femme pour qu'il puisse en être ainsi?

59. — La femme mariée est, par le seul fait de son mariage, frappée d'incapacité pour les actes juridiques qu'elle voudrait passer. L'article 217 du Code civil la déclare incapable d'aliéner et d'hypothéquer ; elle ne peut pas non plus s'obliger. Mais elle est relevée de cette incapacité par l'autorisation du mari ou de justice : munie de cette autorisation, elle peut valablement aliéner, hypothéquer, contracter.

Cette situation est encore aggravée par l'adoption du régime dotal. Ce régime augmente l'incapacité de la femme, en ce sens que, même avec l'autorisation du mari ou de justice, elle reste incapable. Les autorisations qui relèvent la femme de son incapacité de femme mariée ne la relèvent pas de son incapacité de femme dotale.

Le principe de cette incapacité particulière à la femme est posé dans l'article 1554 qui déclare que les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement. L'aliénabilité n'est permise que dans quelques cas exceptionnels prévus par les articles 1555 et suivants. Ce n'est donc pas précisément une règle d'incapacité qui est posée, *expressis verbis*, dans l'article 1554, d'où l'on pourrait croire qu'il se borne à édicter une règle d'indisponibilité, mettant les immeubles dotaux hors du commerce pendant la durée du mariage seulement; mais la jurisprudence est unanime à reconnaître qu'il y a bien là une règle d'incapacité qui frappe la femme quant à certains de ses biens et qui la met dans l'impossibilité de les aliéner ou de les engager par contrat. Il faut ajouter, comme conséquence de cette incapacité d'aliéner, que la femme mariée sous le régime dotal ne peut renoncer à son hypothèque légale (Loi du 23 mars 1855, art. 9).

Si donc la femme dotale traite avec des tiers, elle ne peut engager que ses paraphernaux ; et, si elle s'est constitué en dot tous ses biens indistinctement, son incapacité est complète durant le mariage et ses créanciers, envers lesquels elle s'est engagée durant le mariage, ne peuvent avoir d'autre garantie qu'une action éventuelle sur les biens qu'elle peut acquérir après la dissolution du mariage.

60. — Cette situation juridique favorisait la fraude suivante. Deux époux mariés sous le régime dotal ont besoin d'emprunter de l'argent. Le prêteur auquel ils s'adressent consent bien à prêter, mais il

exige des garanties ; les époux lui offrent une hypothèque sur un immeuble appartenant à la femme, et cet immeuble est dotal. Mais les époux de mauvaise foi se sont bien gardés de révéler la dotalité de l'immeuble. Bien plus, le prêteur leur a demandé communication de leur contrat de mariage ; ils ont répondu qu'ils n'en avaient pas et qu'ils étaient par conséquent mariés sous le régime de la communauté légale. Sur la foi de ces déclarations qu'il n'est pas en son pouvoir de vérifier, le tiers prête aux époux. Mais le prêteur, trop confiant, veut-il faire valoir son droit d'hypothèque, on lui oppose la dotalité que l'on avait dissimulée ; le prêteur se trouve alors victime d'une fraude qui le laisse sans recours. Nous verrons que ce sont précisément ces sortes de fraudes que la loi de 1850 a voulu réprimer.

Les victimes de ces procédés frauduleux n'avaient, à vrai dire, aucun moyen d'en atténuer les conséquences. Elles devaient les subir, puisque la loi ne leur fournissait aucune arme contre la fourberie et la mauvaise foi. Le régime dotal en effet attribue à la femme et à ses représentants le droit de faire révoquer toute aliénation et tout engagement des biens dotaux.

La jurisprudence pourtant avait cherché un moyen de protéger les tiers en leur assurant un recours contre les époux. Elle considéra toute déclaration mensongère des époux comme constituant un dol, un quasi-délit, de nature à engager la dot. Si la femme dotale est incapable de disposer de ses biens dotaux par contrat, elle ne peut les soustraire aux obligations nées de ses délits et quasi-délits, parce que l'ordre public exige qu'elle supporte les consé-

quences de ses actes illicites. Mais cette théorie n'avait pas prévalu, malgré les considérations sur lesquelles elle s'appuyait, a cause des règles rigoureuses du régime dotal.

Cet état de choses était regrettable à tous égards. La fraude était érigée en principe et ouvertement tolérée, sans aucune répression. Les tiers étaient victimes de la mauvaise foi et du mensonge des époux avec lesquels ils traitaient ; ils ne pouvaient obtenir aucune réparation du préjudice qu'ils éprouvaient, malgré le principe de l'article 1382. Les époux de bonne foi pouvaient être à leur tour victimes de l'imprévoyance du législateur. Ils pouvaient être en réalité mariés sans contrat, et néanmoins les tiers, dont la défiance était mise en éveil par l'absence de tout contrat de mariage, refusaient de passer des contrats avec eux, dans la crainte qu'une clause de dotalité ne leur soit plus tard opposée.

Cette situation était d'autant plus anormale et d'autant plus digne d'attirer l'attention du législateur que, ainsi que le faisait remarquer M. Valette (1), les autres incapacités des personnes, celles des mineurs, des interdits, des condamnés, par exemple, se révèlent par des faits dont chacun peut facilement s'instruire, et qui parfois reçoivent même une véritable publicité. Les actes de l'état civil, les jugements d'interdiction, les jugements de condamnation peuvent être, sans difficulté, connus de tous. Le mariage lui-même, qui rend la femme incapable indépendamment de son régime matrimonial, est

(1) Valette, Rapport fait à l'Assemblée nationale (Revue de droit franç. et étrang., t. VII, p. 434).

entouré de la plus grande publicité. Aussi a-t-on pu admettre chez nous que *chacun doit connaître la condition de ceux avec lesquels il contracte.*

L'incapacité qui résulte pour la femme de l'adoption du régime dotal est peut-être la seule incapacité qui ne soit pas portée à la connaissance du public. Et pourtant, nous avons vu quel intérêt il y aurait à la rendre publique. Cette incapacité exceptionnelle au contraire, sous l'empire du Code, est créée par un contrat passé devant notaires, dont l'existence est occulte, que les époux peuvent ne pas révéler et qu'il ne leur est pas difficile de dissimuler, surtout dans les grandes villes.

61. — Tels sont les inconvénients auxquels la loi du 10 juillet 1850 a voulu remédier. Elle est due à l'initiative de MM. Benoît-Champy, Moreau et Valette. En posant le principe de la publicité des conventions matrimoniales, qui jusque-là n'avait été exigée que pour les commerçants, cette loi réalisait un véritable progrès législatif.

Tous les développements que nous venons de présenter nous permettent de préciser à présent le but de la loi de 1850. Les auteurs de cette loi ont eu spécialement en vue la situation de la femme mariée sous le régime dotal, parce que dans ce cas les tiers sont inévitablement victimes de leur confiance dans la déclaration qui leur est faite qu'il n'existe pas de contrat. M. Valette l'a exprimé en termes formels dans son remarquable rapport :

« L'objet du projet actuel est de faire connaître aux intéressés, *par l'acte de célébration du mariage*, si les époux ont ou n'ont pas de contrat destiné à régir leur association quant aux biens, et, par suite, de

préserver les tiers contre la fausse déclaration des femmes qui allèguent s'être mariées sans contrat, tandis qu'elles en ont un d'où résulte pour elles l'incapacité d'aliéner leurs biens dotaux. »

Longtemps avant 1850, en présence des plaintes qui s'étaient élevées, on avait cherché les moyens de remédier à ce regrettable état de choses. Le remède était évidemment la publicité du contrat de mariage ; mais comment l'obtenir ? On avait proposé des systèmes d'immatricule des personnes, consistant à réunir dans des registres publics tous les faits qui se rapportent à l'état et à la capacité des personnes, tels que le mariage, la paternité, l'adoption, l'interdiction, les condamnations pénales, la faillite, etc. Au nombre de ces faits, on aurait relaté aussi le régime matrimonial adopté par les époux. Ces documents auraient été réunis au domicile d'origine de chaque personne ; ils l'auraient suivie à tout nouveau domicile.

L'idée en soi était bonne, mais son application pratique était grosse de difficultés. En tout cas, c'était une institution nouvelle à créer.

62. — Le système proposé par MM. Benoît-Champy, Moreau et Valette était beaucoup plus simple et plus pratique. Avant de l'exposer dans ses détails, il est bon d'en donner une idée générale. Nous ne pouvons mieux faire que de l'emprunter au rapport même de M. Valette :

« D'après ce projet, on devrait mentionner dans l'acte de célébration l'existence du contrat de mariage, avec l'indication du notaire, ou bien la circonstance qu'il n'a pas été passé de contrat. Cette mention serait faite sur l'interpellation de l'officier de l'état civil.

Pour mieux assurer l'accomplissement de ces formalités, le notaire devrait délivrer aux parties un certificat, sur papier libre et sans frais, contenant les renseignements relatifs à la mention dont il s'agit. Enfin, en cas d'omission de la déclaration ou de fausse déclaration, la femme serait réputée à l'égard des tiers capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage. »

Ainsi que le fait remarquer M. Valette, l'idée n'était pas tout à fait neuve. On en trouve déjà la substance, sinon les détails d'organisation, dans les observations présentées par deux Cours d'appel sur la réforme hypothécaire. C'est que cette amélioration se rattachait aux mesures réclamées depuis longtemps pour l'affermissement du crédit. En matière de crédit, nous dit M. Valette, les institutions dépendent les unes des autres et se prêtent un mutuel appui.

Les deux cours auxquelles M. Valette faisait allusion étaient celles de Rouen et de Caen, dans le ressort desquelles le régime dotal était fort en usage. Elles signalaient les dangers de l'état de choses actuel et demandaient qu'on obligeât à mentionner le contrat de mariage dans l'acte de célébration. La Faculté de Droit de Caen avait fait une proposition semblable. Les mêmes idées avaient été émises dans plusieurs autres écrits publiés sur le régime hypothécaire et sur le crédit foncier. La loi de 1850, on le voit, répondait d'une façon admirable aux vœux des jurisconsultes et des hommes d'affaires, et donnait satisfaction aux besoins de la pratique.

Les dispositions de la loi de 1850 ont été incorporées aux articles 75, 76, 1391 et 1394 du Code civil. Cette loi, dont nous connaissons maintenant le but et la portée, impose certaines obligations aux notaires, aux officiers de l'état civil, aux futurs conjoints et aux personnes qui autorisent le mariage, enfin aux procureurs de la République chargés de surveiller la rédaction des actes qui constatent l'état des personnes. Nous étudierons ces diverses obligations dans le détail, puis nous indiquerons comment la loi de 1850 en sanctionne l'accomplissement.

63. — Ajoutons que le Code civil a aussi été modifié sur ce point par la législation belge. La loi belge du 16 décembre 1851, article 2 additionnel, porte une disposition identique à celle de notre loi du 10 juillet 1850. Elle prescrit en effet que « l'acte de célébration du mariage doit énoncer la date des conventions matrimoniales des époux et l'indication du notaire qui les a reçues ; que faute de cela les clauses dérogatoires du droit commun ne pourront être opposées aux tiers qui ont contracté avec les époux dans l'ignorance des conventions matrimoniales. » (Arutz, I, 319 ; III, 513.)

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS IMPOSÉES PAR LA LOI DU 10 JUILLET 1850.

SECTION Ire.

DES OBLIGATIONS IMPOSÉES AUX NOTAIRES.

64. — Les obligations imposées aux notaires par la loi du 10 juillet 1850 sont formulées dans deux alinéas qui ont été ajoutés par cette loi au texte de l'article 1394. Nous les reproduisons ici :

« Le notaire donnera lecture aux parties du dernier alinéa de l'article 1391, ainsi que du dernier alinéa du présent article. Mention de cette lecture sera faite dans le contrat, à peine de dix francs d'amende contre le notaire contrevenant.

« Le notaire délivrera aux parties, au moment de la signature du contrat, un certificat sur papier libre et sans frais, énonçant ses noms et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux, ainsi que la date du contrat. Ce certificat indiquera qu'il doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage. »

Ces prescriptions, ainsi d'ailleurs que les autres obligations imposées par la loi de 1850, ont été précisées par une circulaire de M. Rouher, ministre de la justice, aux procureurs généraux, en date du 13 novembre 1850 (1).

Il résulte de l'article 1394 que trois obligations sont imposées au notaire qui reçoit le contrat de mariage :

1° Il doit donner lecture de certaines dispositions de la loi ;

2° Il doit mentionner dans le contrat de mariage l'accomplissement de cette formalité de lecture ;

3° Il doit délivrer aux parties un certificat.

Des détails sont nécessaires sur chacune de ces obligations.

65. — 1° Le notaire doit donner lecture aux parties du dernier alinéa de l'article 1394 et aussi de la dernière partie de l'article 1391. Le but de cette prescription est d'avertir les futurs époux des déclarations à faire et du certificat à remettre à l'officier de l'état civil, sur la demande de celui-ci. Les futurs époux connaissent, grâce à la formalité de la lecture, la sanction rigoureuse qu'ils encourraient en cas de déclaration mensongère.

2° Le notaire doit mentionner dans le contrat de mariage cette double lecture, à peine de 10 francs d'amende.

Le projet primitif ordonnait la mention, dans l'acte notarié, non seulement de la lecture des articles indiqués, mais encore de la délivrance du certificat. Cette délivrance n'ayant lieu qu'après la perfection

(1) D. P. 1850, 3, 79 et 80.

de l'acte notarié, on a considéré qu'il était inutile de l'y relater. Le projet primitif portait aussi une amende de 20 francs contre le notaire ; la commission a abaissé cette amende de 20 à 10 francs.

Cette mention de la lecture a été exigée dans le contrat pour assurer l'observation de la loi nouvelle, et afin que les parties ne puissent pas prétendre qu'elles n'ont pas été averties de ce qu'elles avaient à faire.

3° Enfin le notaire doit remettre aux parties, au moment de la signature du contrat de mariage, un certificat, sur papier libre et sans frais, contenant les renseignements suivants : 1° les noms et lieu de résidence du notaire rédacteur du contrat de mariage ; 2° la date de ce contrat ; 3° les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux ; 4° l'indication que ce certificat doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage.

La mention de la date du contrat dans le certificat n'était pas exigée dans le projet primitif de la commission, tel qu'il avait été présenté à la suite du rapport de M. Valette. Elle fut ajoutée comme obligatoire lors de la discussion publique, dans la séance du 2 juillet 1850 (1).

Cette remise d'un certificat est exigée pour que les parties soient absolument inexcusables au cas où elles feraient une déclaration incomplète ou fausse, et surtout au cas où elles n'en feraient aucune. La loi a multiplié les précautions pour que ses prescriptions soient exécutées et pour que les futurs époux ne

(1) De Folleville, De la publicité des contrats pécuniaires de mariage d'après la loi du 10 juillet 1850 (Revue prat. de droit franç. T. XXXII, 1871, p. 238, n. 1).

puissent invoquer leur ignorance. C'est ainsi, comme nous le verrons, qu'elle a en outre obligé l'officier de l'état civil à interpeller les futurs époux pour obtenir d'eux les déclarations relatives à leur contrat.

66. — Ces formalités doivent être remplies par le notaire même lorsqu'il reçoit le contrat de mariage de deux futurs époux dont l'un au moins est commerçant. Dans ce cas, les formalités prescrites par les articles 67 et suivants du Code de commerce devront également être observées.

En vérité, les dispositions du Code de commerce présentent une utilité moindre depuis le jour où la loi de 1850 a organisé un système de publicité général, applicable à tous les mariages, quelle que soit la profession des époux. Mais néanmoins les dispositions spéciales du Code de commerce n'ont pas été abrogées pour cela. D'ailleurs, la circulaire du ministre de la justice du 13 novembre 1850 enjoint formellement aux notaires de continuer à se conformer aux articles 67 et suivants du Code de commerce.

Plusieurs pétitions demandèrent pourtant l'abrogation de ces articles. Une proposition de loi fut déposée le 7 décembre 1876 par M. Houyvet, député, pour abroger les articles 67 et suivants du Code de commerce, comme faisant double emploi avec le système de publicité organisé par la loi de 1850. Cette proposition s'appuyait aussi sur ce que l'exécution de la loi entraînait des frais assez élevés, pouvant dépasser les frais du contrat de mariage lui-même, ce qui portait souvent les petits commerçants à se marier sans faire de contrat ; ce motif était même l'un de ceux que la pratique faisait valoir avec le plus d'instances. De plus, les extraits exigés

par le Code de commerce ne font que désigner le régime adopté et ne mentionnent pas les dérogations particulières faites à ce régime, ce qui rend souvent ce mode de publicité peu efficace. Mais ce projet n'eut pas de suite, et les vœux de la pratique ne furent pas entendus.

67. — Une question a été soulevée dans la pratique relativement aux obligations imposées aux notaires par la loi du 10 juillet 1850. On sait que des changements peuvent être faits avant le mariage aux conventions matrimoniales, moyennant l'observation de certaines conditions (art. 1396, 1397). On se demande si le notaire qui rédige des contre-lettres ou des actes modifiant le contrat de mariage primitif, doit se conformer, pour ces divers actes, aux formalités prescrites par la loi de 1850, et cela sous la même sanction.

Deux systèmes opposés ont tranché la question. Le premier, suivi d'abord par la jurisprudence, décide que les formalités de l'article 1394 doivent en effet être renouvelées chaque fois qu'un changement est apporté aux conventions matrimoniales, d'une façon régulière, avant la célébration du mariage (1).

A l'appui de ce système, on invoque d'abord le texte de l'article 1394. Il exige ces formalités *pour toutes conventions matrimoniales*. Les contre-lettres que régissent les articles 1396 et 1397 ne sont-elles pas, elles aussi, des conventions matrimoniales? Elles supposent un contrat antérieur, originaire, après lequel elles interviennent comme une sorte d'acte additionnel, mais elles ont pour objet, comme le contrat

(1) Paris, 12 janv. 1856, D. 1856, 2, 57 et 58.

primitif, de régler les intérêts pécuniaires des époux pendant le mariage. L'article 1394 n'ayant fait aucune distinction, il faut dire que les formalités de la loi de 1850 sont imposées au notaire, même dans ces hypothèses.

On ajoute à cette raison de texte des considérations pratiques. L'intervalle de temps qui a pu séparer la rédaction du contrat de mariage primitif de celle de la contre-lettre peut faire craindre que les futurs époux n'aient oublié leurs obligations que le notaire leur avait fait connaître. Il vaut mieux les leur rappeler : c'est rentrer dans l'esprit de la loi de 1850 qui n'a point été parcimonieuse de précautions à cet endroit.

Enfin, la publicité exigée par la loi de 1850 demeurerait inefficace si les changements ou contre-lettres ne pouvaient être connus des tiers ; les modifications apportées au régime par ces actes additionnels peuvent être très graves et toucher à des points essentiels. La loi considère bien ces changements comme importants, puisque toutes les formalités qui avaient accompagné le premier contrat doivent, en vertu du Code civil, accompagner aussi le contrat modificatif. On en conclut que les mêmes garanties de publicité doivent exister dans l'intérêt des tiers (Marcadé, V, p. 421).

68. — Nous préférons nous ranger au système opposé. Nous croyons au contraire que la lecture et les autres formalités dont l'observation est imposée au notaire qui reçoit un contrat de mariage, ne sont pas applicables aux contre-lettres ou actes modificatifs d'un contrat de mariage. Il suffit que ces formalités aient été remplies une fois, lors de la

rédaction du contrat de mariage lui-même, et il n'est pas utile de les renouveler à chaque acte modificatif qui intervient.

Il ne faut pas croire en effet que le législateur de 1850 ait eu pour but de révéler aux tiers les conventions matrimoniales dans leur détail ; ce qu'il a voulu, c'est permettre aux tiers de savoir sous quel régime les époux sont mariés. Les tiers seront suffisamment éclairés sur ce point s'ils connaissent le contrat de mariage primitif, où ils trouveront la désignation du régime matrimonial adopté par les époux ; ils n'ont pas besoin d'être mis sur la trace d'actes contenant de simples modifications, dont la connaissance est sans intérêt pour eux, parce qu'ils ne modifient pas leur situation en général.

D'ailleurs, les contre-lettres se relient intimement à l'acte principal dont elles sont, pour ainsi dire, une annexe. Cela est si vrai que l'article 1397 exige que les changements et contre-lettres soient rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage ; de plus, le notaire ne peut délivrer ni grosses, ni expéditions du contrat de mariage, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. Si le notaire a observé ces prescriptions de l'article 1397, il n'est pas utile qu'il observe celles de l'article 1394 : elles feraient double emploi avec les premières. Il suffit que les tiers connaissent l'existence matérielle du contrat, puisque toutes les grosses ou expéditions du contrat porteront la copie des contre-lettres. En admettant donc que les tiers aient intérêt à connaître les contre-lettres, ils en prendront aisément connaissance sans que les notaires aient à réitérer, pour chaque acte modificatif, les formalités de l'article 1394.

La jurisprudence et la doctrine sont généralement aujourd'hui en ce sens (1).

SECTION II.

DES OBLIGATIONS IMPOSÉES AUX OFFICIERS DE L'ÉTAT CIVIL.

69. — Les obligations imposées par la loi du 10 juillet 1850 aux officiers de l'état civil sont contenues dans deux alinéas des articles 75 et 76 du Code civil, ajoutés à ces articles par la loi de 1850.

Nous lisons d'abord dans le deuxième alinéa de l'article 75 : L'officier de l'état civil « interpellera les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu. »

En outre, d'après l'article 76, alinéa 10, on doit énoncer dans l'acte de mariage « la déclaration faite sur l'interpellation prescrite par l'article précédent, qu'il a été ou qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage, et, autant que possible, de la date du contrat, s'il existe, ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu ; le tout à peine, contre l'officier de l'état civil, de l'amende fixée par l'article 50. »

Les obligations imposées par la loi du 10 juillet 1850 aux officiers de l'état civil sont donc au nombre de deux :

(1) Cass. 18 mars 1857, S. 1857, 1, 251 ; de Folleville, loc. cit. p. 242 ; Guillouard, I, 202.

1° Il doit faire une interpellation à certaines personnes ;

2° Il doit énoncer, dans l'acte de mariage, la réponse qui lui a été faite à la suite de cette interpellation.

70. — 1° *Interpellation.* — Il faut examiner deux points : 1° à quelles personnes doit être faite l'interpellation ; 2° quel en est l'objet ?

D'abord, à quelles personnes doit être faite l'interpellation ? — Elle doit être faite aux futurs époux et aux personnes qui autorisent le mariage.

L'interpellation doit être faite aux futurs époux. C'est à eux avant tous autres que la loi impose l'obligation de faire connaître l'existence du contrat de mariage. Pour ce même motif, nous savons que le notaire a dû leur donner un certificat qu'ils doivent remettre à l'officier de l'état civil. L'interpellation aux futurs époux doit et peut avoir lieu dans tous les cas, car ceux-ci seront toujours présents ; on n'admet pas, dans notre droit, qu'on puisse se marier par procureur.

L'interpellation doit s'adresser en outre aux personnes qui autorisent le mariage.

Cette interpellation n'est pas de rigueur comme celle qui est faite aux époux ; elle n'a lieu que si ces personnes sont présentes. Ce point résulte de la discussion et a été précisé par l'article 75. La circulaire du 13 novembre 1850 est d'ailleurs aussi affirmative.

L'interpellation doit être faite aux personnes qui autorisent le mariage, sans distinguer si les futurs époux sont majeurs ou mineurs. M. Valette le dit en termes formels dans son rapport :

« L'interpellation devra toujours être adressée aux

personnes qui autorisent le mariage, et non pas seulement lorsque les futurs époux sont mineurs. On sait en effet que le fils majeur, qui n'a pas encore atteint l'âge de vingt-cinq ans, ne peut contracter mariage sans l'autorisation de ses père et mère ou de ses autres ascendants. L'interpellation faite aux ascendants peut être utile dans certains cas, et l'on ne voit pas en quoi elle pourrait jamais nuire. Cet amendement avait déjà été indiqué dans le rapport de la commission d'initiative parlementaire. »

71. — Nous savons à quelle personne doit être faite l'interpellation par l'officier de l'état civil. Voyons maintenant quel en est l'objet. Sur quoi doit porter l'interrogation faite par cet officier public ?

Elle porte d'abord sur le point de savoir s'il a été fait un contrat de mariage. Si la réponse est affirmative, l'officier de l'état civil demande en outre : 1° quelle est la date du contrat ? 2° quels sont les noms et lieu de résidence du notaire ?

Il faut remarquer, d'après le texte de l'article 75, que l'officier de l'état civil doit demander seulement s'il a été fait un contrat de mariage. C'est l'existence ou la non-existence d'un contrat de mariage qu'il s'agit de porter à la connaissance des tiers. Mais l'officier de l'état civil ne doit pas s'enquérir du régime matrimonial adopté, ni des diverses clauses qui peuvent être contenues dans le contrat. Si les tiers ont intérêt à connaître le contrat de mariage dans le détail, ils n'ont qu'à exiger des époux la production de ce contrat avant de traiter avec eux.

72. — Mais il ne faut point dire, comme le fait M. de Folleville dans son importante étude sur la loi de 1850, que si les tiers ont besoin de connaître le

contenu du contrat de mariage, « ils s'adresseront au notaire rédacteur, et ils solliciteront, soit la communication officieuse de la minute, soit plutôt la délivrance d'une expédition du contrat qui appelle leur attention ».

En effet, les notaires ne sont point tenus de délivrer ainsi au premier venu des expéditions d'un contrat qu'ils ont reçu, encore moins de communiquer leurs minutes ; bien plus, la loi le leur défend. Le texte de la loi du 25 ventôse an XI est formel :

« Les notaires ne pourront également, sans l'ordonnance du président du tribunal de première instance, délivrer expédition et donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit, à peine de dommages et intérêts, d'une amende de 100 francs, et d'être, en cas de récidive, suspendus de leurs fonctions pendant trois mois, sauf néanmoins l'exécution des lois et règlements sur le droit d'enregistrement, et de celles relatives aux actes qui doivent être publiés dans les tribunaux » (art. 23).

L'article 839 du Code de procédure civile est non moins formel. L'inexactitude commise par le savant professeur est d'autant plus surprenante qu'il reproduit textuellement, à la page suivante, ces phrases tirées du rapport de M. Valette : « Que voulons-nous obtenir ? C'est que les tiers sachent à coup sûr s'il existe un contrat de mariage. C'est à eux ensuite à en demander la communication *aux époux*, lorsqu'ils en auront besoin pour s'éclairer. »

M. Valette dit aussi : « Il est bien entendu que les tiers, ainsi avertis de l'existence du contrat de mariage, n'auront pas le droit d'en prendre par

eux-mêmes connaissance. A cet égard, on ne veut en rien déroger aux lois et règlements qui régissent le notariat ; ce sera aux tiers à exiger des époux avec lesquels ils traitent, la justification préalable de leur contrat. »

C'est donc aux époux seuls que les tiers peuvent demander communication de leur contrat de mariage, et non au notaire rédacteur (1). C'est ainsi que les tiers auront connaissance des clauses de ce contrat qui les intéressent, et c'est pour ce motif qu'il suffisait d'obliger l'officier de l'état civil à s'enquérir de l'existence du contrat. Pour le même motif, nous avons décidé aussi que les diverses formalités de la loi de 1850 ne s'appliquaient pas aux contre-lettres.

73. — Lorsque les futurs époux et les personnes qui les autorisent ont répondu qu'un contrat de mariage a été rédigé, l'officier de l'état civil doit demander en outre : 1° quelle est la date du contrat? 2° quels sont les noms et lieu de résidence du notaire? C'est pour faciliter ces déclarations que le notaire doit délivrer aux futurs époux, comme nous l'avons vu, un certificat que ceux-ci devront remettre à l'officier de l'état civil.

74. — 2° *Enonciations dans l'acte de mariage*. — Les interpellations exigées par l'article 75 ayant été faites, l'officier de l'état civil doit mentionner dans l'acte de mariage les réponses reçues (art. 76-10°). Trois énonciations sont donc exigées : 1° l'existence ou la non-existence d'un contrat de mariage ; 2° s'il y a eu un contrat de mariage, la date du contrat,

(1) Marcadé, V, p. 422 ; Aubry et Rau, VIII, p. 209 ; Bufnoir, à son cours.

autant que possible ; 3° et aussi, au cas où il y a eu contrat, les noms et lieu de résidence du notaire qui aura reçu l'acte, également si c'est possible.

L'article 76 n'exige donc pas avec la même rigueur ces diverses énonciations. La première est nécessaire, et l'acte de mariage doit contenir une énonciation sur l'existence ou la non-existence d'un contrat de mariage. Il est certain que l'officier de l'état civil serait passible de l'amende portée dans l'article 50, s'il négligeait de la faire (art. 76). Le but de la loi de 1850 est en effet avant tout de faire connaître aux tiers s'il existe un contrat de mariage.

Mais, quant aux deux autres déclarations, l'article 76 exige seulement, *autant que possible*, leur énonciation dans l'acte de mariage. M. Valette explique les raisons qui ont fait exiger ces mentions, et en même temps pourquoi elles n'ont pas été considérées comme des mentions absolument nécessaires :

« Dans le nouveau n° 10 qui doit être ajouté à l'article 76 du Code, en parlant de la mention de la date du contrat, etc., nous avons ajouté les mots : *autant que possible*, afin d'écarter l'idée qu'une omission ou une erreur sur la date du contrat ou sur les noms et lieu de résidence du notaire puisse préjudicier à la femme. Que voulons-nous obtenir ? C'est que les tiers sachent, à coup sûr, s'il existe un contrat de mariage. C'est à eux ensuite à en demander la communication aux époux, lorsqu'ils en auront besoin pour s'éclairer. Mais cependant, *autant que possible*, comme le dit notre nouvel article 76, l'officier de l'état civil devra indiquer les noms et lieu de résidence du notaire, et même la date du

contrat. Ces désignations seront d'un très grand secours dans la pratique ; elles aideront à découvrir, même après un laps de temps considérable, des contrats de mariage indispensables pour les comptes, liquidations, règlements de droits, etc., et dont aujourd'hui on ne peut quelquefois plus retrouver la trace. Les registres de l'état civil deviendront, à cet égard, de véritables registres qu'on s'empressera de consulter. »

Ainsi, c'est dans l'intérêt des époux et de leurs enfants que la loi prend le soin de faire indiquer, dans l'acte de célébration, la date du contrat, ainsi que les noms et la résidence du notaire qui l'a reçu ; cette précaution peut être utile pour permettre aux enfants, après la mort de leurs parents, de retrouver le contrat. (Marcadé, V, p. 423.)

75. — Telles sont les obligations imposées aux officiers de l'état civil par la loi du 10 juillet 1850. Mais il peut arriver que les formalités prescrites par cette loi n'aient pas été observées ; voyons quelles en seront les conséquences.

Nous distinguerons, comme le fait M. de Folleville, trois hypothèses qui peuvent se présenter en pratique :

1° Il peut arriver que l'officier de l'état civil ait oublié d'interpeller les futurs époux et de consigner leur déclaration dans l'acte de célébration du mariage, conformément aux articles 75 et 76.

2° L'officier de l'état civil peut, après avoir interpellé les futurs époux, avoir introduit sciemment, dans l'acte de mariage, des déclarations fausses et contraires aux attestations qui avaient été produites devant lui.

3° Enfin, il peut se faire que l'officier de l'état civil ait, par simple négligence et par inadvertance, inséré dans l'acte de mariage des énonciations inexactes, incomplètes on erronées.

Examinons ces trois hypothèses.

76. — 1° Nous supposons tout d'abord que l'officier de l'état civil a négligé de se conformer aux prescriptions des articles 75 et 76. Quelles en seront les conséquences pour les tiers, pour les époux, pour l'officier de l'état civil ?

Les tiers refuseront de traiter avec les époux jusqu'à ce qu'ils aient la certitude qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu un contrat de mariage ; la prudence la plus élémentaire leur commande l'abstention en présence d'un acte de mariage qui ne leur fournit pas les renseignements exigés par la loi.

Les époux pourront faire rectifier l'acte de célébration conformément à l'article 99 du Code civil. De plus, comme nous le verrons, ils pourront encore, dans l'acte contenant un engagement vis-à-vis d'un tiers, déclarer qu'ils ont passé un contrat de mariage (art. 1391).

Enfin, l'officier de l'état civil sera passible de l'amende portée en l'article 50, c'est-à-dire d'une amende qui ne pourra excéder cent francs. Mais peut-il en outre être condamné à des dommages et intérêts envers les tiers, conformément à l'article 1382 ? Nous ne le pensons pas. Si en effet les tiers ont traité avec les époux, ils ont été imprudents. Ils sont en faute, puisqu'ils n'ont pas remarqué la lacune de l'acte. Ils étaient suffisamment avertis et tenus en garde contre la fraude, dit M. de Folleville, puisqu'ils se trouvaient en présence d'un acte de

célébration tronqué, dont les défauts matériels devaient les frapper. *Jura vigilantibus succurrunt.*

2° L'officier de l'état civil, après avoir régulièrement interpellé les époux, a introduit sciemment, dans l'acte de mariage, des déclarations qui ne sont pas conformes à celles qui lui ont été faites. Cette hypothèse sera rare.

La sanction encourue serait d'abord l'amende édictée par l'article 50 du Code civil, comme dans le cas précédent. De plus, comme l'officier de l'état civil se serait rendu coupable d'un faux en écritures publiques, il serait poursuivi en vertu des articles 52 du Code civil, 145 à 148 du Code pénal et 448 et suivants du Code d'Instruction criminelle. Enfin, il pourrait être condamné à des dommages et intérêts, soit sur la demande des époux, soit sur la demande des tiers, conformément aux articles 1382 et 1383 du Code civil.

3° On peut supposer en dernier lieu que l'officier de l'état civil ait, par simple négligence ou inadvertance, inséré dans l'acte de mariage des énonciations inexactes, incomplètes ou erronées. L'officier de l'état civil encourrait encore l'amende fixée par l'article 50, et serait passible de dommages et intérêts calculés d'après le préjudice que les inexactitudes ont causé. De plus, la rectification de l'acte pourra être faite, soit à la requête des parties intéressées, d'après l'article 99, soit à la requête du procureur de la République, d'après le dernier alinéa de l'article 76, disposition sur laquelle nous reviendrons plus tard.

SECTION III.

DES OBLIGATIONS IMPOSÉES AUX FUTURS ÉPOUX ET AUX PERSONNES QUI AUTORISENT LE MARIAGE.

77. — La loi du 10 juillet 1850 édicte une sanction sévère contre les époux qui ont fait, devant l'officier de l'état civil, une déclaration mensongère mentionnée au contrat de mariage ; cette sanction consiste en une déchéance que nous étudierons plus tard.

Mais la loi du 10 juillet 1850 n'impose en termes formels aucune obligation aux futurs époux; il résulte néanmoins, des diverses dispositions introduites par cette loi, qu'une obligation leur est prescrite, celle de répondre sincèrement à l'officier de l'état civil qui les interpelle (art. 75, al. 2) et de lui remettre le certificat délivré par le notaire (art. 1394 *in fine*). Ce devoir incombe aussi aux personnes qui autorisent le mariage, puisque l'officier de l'état civil les interpelle aussi.

78. — Mais l'on peut se demander si l'obligation des futurs époux et de ceux qui autorisent le mariage s'étend au delà, et s'ils seraient obligés de faire d'eux-mêmes les déclarations relatives à leur contrat de mariage, au cas où l'officier de l'état civil omettrait de les interpeller. On peut en douter, puisque l'obligation de faire ces déclarations n'apparaît pas dans les textes comme une obligation légale et rigoureuse ; on oblige seulement l'officier de l'état civil à interpeller ces personnes.

Nous voyons en effet que l'article 1391 *in fine* n'édicte la sanction que pour le cas où l'acte de

célébration de mariage porterait que les époux se sont mariés sans contrat, alors que cette déclaration serait mensongère. Mais les époux n'encourent aucune peine si l'acte de célébration est muet pour cette raison que l'officier de l'état civil aurait omis d'interroger les parties. Cette omission atteindrait seulement l'officier public, contre lequel une amende pourrait être prononcée dans les termes de l'article 50; elle n'atteindrait pas les époux, comme le témoigne le passage suivant du rapport de M. Valette :

« La garantie nouvelle qu'il s'agit de donner aux tiers, a été restreinte par la commission au cas où l'acte de célébration porte faussement qu'il n'existe pas de contrat de mariage. Elle a donc retranché de son article 1391 (1394 du projet) le membre de phrase relatif à l'autre cas, au cas où l'acte de célébration est muet sur l'existence du contrat. Lorsque l'acte de célébration ne dit rien du contrat de mariage, il présente, au premier coup d'œil, une irrégularité grave, qui sert d'avertissement aux tiers et doit les empêcher de s'engager plus avant. Et si, à cause de cette irrégularité, les époux sont gênés dans leurs transactions, rien ne les empêche de régulariser leur position en faisant rectifier leur acte de mariage. On le voit donc, une simple omission de l'officier de l'état civil ne pourra, comme on l'avait redouté, compromettre les droits de la femme. »

L'omission de l'officier de l'état civil n'oblige donc pas les époux à prendre les devants, puisque le droit de faire rectifier l'acte leur est réservé. Néanmoins nous dirons, avec M. de Folleville, que les époux agiront avec prudence et honnêteté en faisant les

déclarations alors même que le maire négligerait de les interpeller. D'ailleurs, le plus souvent, se trouvant nantis du certificat que le notaire leur a délivré, ils en feront la remise à l'officier de l'état civil.

79. — Ce droit des époux d'obtenir la rectification de l'acte de mariage pour cause d'omission ou d'erreur, découle de l'article 76 *in fine* :

« Dans le cas où la déclaration aurait été omise ou serait erronée, la rectification de l'acte, en ce qui touche l'omission ou l'erreur, pourra être demandée par le procureur de la République, sans préjudice du droit des parties intéressées, conformément à l'article 99. »

Ces parties intéressées sont, en premier lieu, les futurs époux et sans doute aussi ceux qui ont dû autoriser le mariage. M. de Folleville pense également qu'il faut ranger au nombre des parties intéressées à la mention du contrat de mariage dans l'acte de célébration, les personnes, parents ou autres, qui, par ce même contrat, auraient fait des donations aux époux. M. Valette le déclare lui-même, à la séance du 2 juillet 1850, dans la discussion d'un amendement de M. Gavini dont nous parlerons plus tard ; il dit que les ascendants et donateurs qui ont été parties au contrat de mariage ont la ressource de la rectification de l'acte de célébration, s'ils reconnaissent que les époux ont fait une déclaration mensongère.

SECTION IV.

DES OBLIGATIONS IMPOSÉES AUX PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE.

80. — Les obligations qui incombent aux procureurs de la République, en ce qui concerne la publicité des contrats de mariage, sont de deux sortes. Ils doivent surveiller l'accomplissement des obligations imposées par la loi de 1850 aux notaires et aux officiers de l'état civil, et ils doivent au besoin provoquer la rectification des actes de mariage incomplets ou erronés. La première de ces obligations résulte pour les procureurs de la République d'une circulaire du ministre de la justice, en date du 13 novembre 1850, que nous avons plusieurs fois citée. La seconde se trouve écrite dans l'article 76 du Code civil.

Nous ne pouvons mieux montrer les obligations des procureurs de la République, en cette matière, qu'en reproduisant un passage de la circulaire du ministre de la justice.

Après avoir défini les obligations des notaires et des officiers de l'état civil, M. Rouher ajoute dans la circulaire :

« Enfin, obligation pour le ministère public de surveiller avec soin, sous ce rapport, les actes des notaires et des officiers de l'état civil, afin de poursuivre ceux de ces fonctionnaires qui ne se seraient pas conformés à la loi, et de provoquer, s'il y a lieu, la rectification des actes de célébration qui présenteraient, soit des omissions, soit des déclarations erronées.

« La loi nouvelle sera donc à la fois une garantie d'ordre public, un motif de sécurité pour les engagements privés, et par suite une nouvelle facilité donnée au développement du crédit. A tous ces titres elle excitera, j'en suis certain, la vive sollicitude de la magistrature, et spécialement de MM. les procureurs de la République, qui sont plus spécialement appelés à en surveiller et à en assurer l'exécution. Ces magistrats, chargés de la vérification des registres de l'état civil, devront s'assurer si tous les actes de mariage contiennent la mention de la nouvelle interpellation prescrite aux officiers de l'état civil; en cas d'omission, ils en rechercheront la cause, et, s'il faut l'attribuer à la négligence du notaire aussi bien qu'à celle de l'officier de l'état civil, ils devront les poursuivre à raison des contraventions respectives qu'ils auront commises.

« L'omission d'une déclaration affirmative ou négative dans l'acte de mariage sera probablement très rare. Mais il est à craindre qu'il arrive plus fréquemment que, soit par inadvertance, soit autrement, on déclare, contrairement à la vérité, qu'il n'existe pas de contrat de mariage : en pareil cas, la détermination à prendre est fort délicate. Il faut, sans aucun doute, éviter de faire naître des soupçons immérités de fraude et de mensonge; mais, quand il y aura des motifs sérieux de présumer que, nonobstant la déclaration négative des parties, il existe réellement un contrat de mariage, l'intérêt bien entendu des familles, aussi bien que l'intérêt public ne permettra plus l'hésitation. Le ministère public devra alors employer tous les moyens qui sont en son pouvoir pour découvrir la vérité : son

premier soin sera de rechercher dans quelle étude le contrat de mariage, dont on présumera l'existence, aura pu être passé. Les renseignements qui auront appelé son attention lui serviront de guide ; il pourra, en outre, faire vérifier par les préposés de l'enregistrement si un contrat de mariage a été ou non reçu par un des notaires de l'arrondissement. A l'aide de ces données et de celles que les circonstances lui fourniront, il parviendra presque toujours à acquérir la certitude de l'existence ou de la non-existence d'un contrat de mariage ; mais, ce qu'il ne faudra jamais perdre de vue, c'est que les investigations préalables devront rester complètement secrètes, afin, si elles n'amènent qu'un résultat négatif, de ne point porter atteinte à la considération des personnes dont la bonne foi aurait été mal à-propos soupçonnée » (1).

Enfin, le ministre de la justice, dans cette circulaire, chargeait les procureurs de la République d'éclairer les notaires sur les devoirs que leur imposait la loi nouvelle, et cela avant le moment où elle devait devenir exécutoire, c'est-à-dire avant le 1er janvier 1851.

Ainsi, le législateur considère qu'il y a un intérêt d'ordre public à ce que le procureur de la République agisse d'office pour assurer l'exécution de la loi du 10 juillet 1850.

81. — Dans le cas où le procureur de la République demande d'office la rectification de l'acte de mariage pour cause d'omission ou d'erreur, les frais restent à la charge de l'Etat, conformément à

(1) D. P. 1850, 3, 79 à 80.

l'article 122 du décret du 18 juin 1811. Au contraire, les parties doivent acquitter ces frais lorsqu'elles poursuivent la rectification. Lors de la discussion, on avait proposé, pour le cas où la rectification était demandée par le procureur de la République, de mettre les frais à la charge des parties qui avaient donné lieu à la rectification, par suite à la charge des époux qui, en se présentant devant l'officier de l'état civil après avoir rédigé leurs conventions matrimoniales devant notaire, déclarent qu'ils sont mariés sans contrat. Mais cet amendement fut repoussé.

CHAPITRE III.

DE LA SANCTION ÉTABLIE CONTRE LES ÉPOUX PAR LA LOI DU 10 JUILLET 1850.

82. — Nous avons fait connaître les diverses obligations imposées par la loi de 1850, et nous avons indiqué au fur et à mesure quelles sanctions avaient été édictées par le législateur pour assurer leur exécution. Mais nous avons réservé l'étude de la sanction civile prononcée par la loi du 10 juillet 1850 contre les époux qui contreviennent à ses prescriptions. Cette sanction est comme le trait caractéristique de la loi de 1850; c'est elle qui est la plus efficace et les sanctions pénales ou autres qui sont prononcées contre les notaires et les officiers de l'état civil sont comme un surcroît de précautions prises par le législateur pour sauvegarder l'intérêt des tiers.

83. — C'était une question bien grave que celle de savoir quelle sanction l'on donnerait à la nouvelle loi. Les travaux de la commission et les discussions en séance publique nous montrent quelles furent les hésitations du législateur.

La sanction qui a été adoptée est la suivante, elle est écrite dans l'article 1391 *in fine* :

« Toutefois, si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage. »

Nous dirons dès à présent, sauf à y revenir ensuite avec plus de détails, que le sens de cette disposition est le suivant :

La femme mariée sous le régime dotal, qui, après avoir déclaré, dans l'acte de mariage, qu'elle s'est mariée sans contrat, s'est obligée vis-à-vis des tiers, sera valablement tenue, même sur ses biens dotaux, et elle ne pourra pas opposer l'inaliénabilité de sa dot. Nous l'avons déjà dit, l'unique but de la loi de 1850, c'est de protéger les tiers contre la dissimulation d'une clause de dotalité.

84. — Mais un autre procédé de sanction fut proposé par M. Gavini, sous forme d'amendement, et discuté pendant la séance du 2 juillet 1850 à l'Assemblée nationale législative (*Moniteur* du 3 juillet 1850, p. 2266 et s.). M. Valette défendit énergiquement le projet. L'amendement consistait à infliger une amende aux contrevenants ; M. Gavini proposait l'addition suivante à l'article 76 :

« Les futurs époux qui auront affirmé, contre la vérité, qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage, seront condamnés à une amende de 100 à 300 francs. Les personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage et qui, après avoir assisté au contrat devant notaire, auront fait une fausse déclaration à l'officier de l'état civil, seront punies de la

même amende, sans préjudice de tels dommages et intérêts qu'il écherra à l'égard des tiers. »

Ce système offrait plusieurs avantages. D'abord il punit inévitablement d'une peine de 100 à 300 francs d'amende les futurs époux et les ascendants qui auront fait une fausse déclaration. Le futur conjoint, au moment solennel où il se trouve devant l'officier de l'état civil, hésitera sans aucun doute à émettre une opinion contraire à la vérité, surtout si ce mensonge doit lui faire encourir de suite l'amende que nous indiquons. Au contraire, les partisans du système de la commission répliquaient que, la répression du mensonge ne devant avoir lieu que dans l'avenir, les époux n'étaient retenus par aucun frein ; ils pourront dès lors s'affranchir plus aisément de l'obligation qui leur est imposée par les articles 75 et 76.

L'article proposé par M. Gavini sauvegardait aussi l'intérêt des tiers qui seraient lésés, en leur accordant l'action en dommages et intérêts dans la mesure du préjudice causé.

Enfin, ce système respectait l'inaliénabilité dotale dans l'intérêt de la femme, des ascendants donateurs et des enfants ; il n'apportait aucune dérogation à ce principe. Il n'allait pas davantage à l'encontre de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, règle que le législateur considère comme rigoureuse (art. 1395). Le projet de la commission au contraire ne tenait pas compte de ces principes.

Ces considérations, les dernières surtout, n'étaient pas dépourvues de gravité, et semblaient de nature à faire hésiter les membres de l'Assemblée qui ont voté la loi de 1850. Les développements

fournis par M. Gavini sur ce point méritent d'être cités dans leur intégralité ; nous en apprécierons d'autant mieux la valeur juridique.

« Cet article porte d'une manière formelle une nouvelle dérogation au principe d'inaliénabilité du fonds dotal. Je crois, Messieurs, que c'est là une modification très grave et que nous ne pouvons accepter. En effet, Messieurs, reportons-nous aux motifs qui ont fait déclarer l'immeuble dotal inaliénable par l'article 1554 du Code civil. Je n'ai pas besoin de développer ici ces principes de haute raison et de morale, vous les connaissez tous. L'inaliénabilité ne reçoit d'exception, dans le Code civil, que dans les circonstances suivantes : lorsqu'on a déclaré dans le contrat de mariage que l'immeuble pourrait être vendu, lorsqu'il s'agit d'établir des enfants nés du mariage, pour tirer le mari de prison, pour fournir des aliments à la famille, pour payer des dettes antérieures au mariage, etc. ; toutes ces exceptions sont puisées dans l'intérêt de la famille. Le législateur a été conséquent avec les principes. Le régime dotal avait été institué dans l'intérêt de la famille et dans celui des ascendants donateurs. Eh bien! il n'a voulu y déroger que lorsque l'intérêt de la famille le commandait d'une manière impérieuse. Ici on propose une nouvelle dérogation. Cette dérogation intéresse-t-elle la famille ? Non. Elle peut être arrachée à la faiblesse de la femme, par l'influence que le mari exerce sur elle ; et elle aurait pour effet de priver, non seulement les enfants, mais même les ascendants donateurs des droits qu'ils ont voulu conserver par le régime dotal.

« Je dis que cela est excessivement grave ; et en-

core comment prive-t-on les enfants et les ascendants des avantages que l'inaliénabilité du fonds dotal leur assure ? Remarquez bien ceci : l'article 1394 du Code civil dit qu'on ne pourra pas modifier le contrat de mariage pendant le mariage, et qu'on ne pourra y apporter aucune modification avant la célébration que si toutes les parties sont présentes. Eh bien ! Messieurs, qu'arriverait-il dans le système de la commission ?

« Supposez que des ascendants fassent une donation à la future épouse et qu'ils lui donnent par cette donation divers immeubles, mais qu'en même temps ils déclarent que ces immeubles seraient inaliénables et soumis au régime dotal. Pour se mettre à l'abri de l'inaliénabilité, les deux époux n'auraient qu'à se présenter devant l'officier de l'état civil, au moment où ils contractent mariage, et là à déclarer, sur l'interpellation qui leur est faite, qu'ils sont mariés sans contrat, c'est-à-dire sous le régime de la communauté. Plus tard ils font la même déclaration à un tiers et lui vendent un immeuble, le régime dotal ne pourra pas lui être opposé.

« Sans doute, si tous les donateurs pouvaient être présents à l'acte de célébration du mariage, cela n'aurait aucun inconvénient, parce que, si les époux s'avisaient de faire une fausse déclaration, les ascendants réclameraient à l'instant même ; ils assureraient qu'il y a eu un contrat de mariage, un contrat dotal. Mais tous les mariages ne se font pas dans l'endroit où se trouvent les ascendants, tous les donateurs n'assistent pas à l'acte ; de sorte que la simple déclaration des deux parties présentes au contrat suffirait pour déroger aux conventions établies. »

85. — Quoique fortement motivé, cet amendement de M. Gavini fut repoussé. Le rapporteur de la commission, M. Valette, fit valoir plusieurs motifs, d'ailleurs concluants, pour écarter cet amendement et faire adopter le projet de la commission, c'est-à-dire l'article 1391 actuel.

En premier lieu, M. Valette faisait observer que les tiers n'étaient pas protégés d'une façon suffisante. Ni l'amende infligée aux époux et à ceux qui les autorisent, ni les dommages et intérêts eux-mêmes ne constituent une peine assez efficace, ni une réparation adéquate au préjudice éprouvé : l'amende en effet profite à l'Etat, les dommages et intérêts ne remplacent que d'une façon indirecte et imparfaite la perte que fait éprouver aux tiers le mensonge des époux, tandis que le préjudice qui leur est causé est vraiment réparé si on leur permet de faire valoir leur contrat sans avoir égard à la clause de dotalité qu'on leur oppose. C'est ce que faisait parfaitement ressortir M. Valette, en répondant comme il suit à M. Gavini :

« M. Gavini, au lieu de garantir, comme nous le faisons, la sécurité des tiers, vous propose d'infliger aux époux une amende. Mais qu'importe aux tiers qu'on frappe les époux d'une amende de 100 à 300 francs ? Ce qu'ils veulent, c'est de n'être pas spoliés par les clauses d'un contrat inconnu, et pas autre chose. Quand j'achète, des époux, une propriété, et que je crains d'en être évincé par l'effet du régime dotal, est-ce que je serai bien rassuré si les époux me disent : « Tranquillisez-vous : si nous vous avons trompé, nous serons condamnés à une amende de 100 à 300 francs ? » Ce que je désire, c'est

de ne pas être soumis à l'action de la femme invoquant son régime dotal et revendiquant contre moi le bien qu'elle m'a vendu. De même, le prêteur ne veut qu'une chose : c'est d'être sûr de pouvoir se faire payer sur les biens de la femme. Le système de M. Gavini n'aboutit à aucun résultat ; c'est un système stérile, qui ne favoriserait point les affaires parce qu'il n'inspirerait aucune confiance au public. »

86. — M. Valette s'attache ensuite à renverser les arguments tirés de ce que les conventions matrimoniales sont irrévocables, et de ce que la règle de l'inaliénabilité dotale doit être respectée dans l'intérêt de la famille et des ascendants donateurs. Le savant jurisconsulte démontre, dans les termes suivants, que ces principes, si respectables qu'ils puissent être, ne forment pas obstacle au système de la commission.

« M. Gavini allègue qu'il ne doit pas être permis de renoncer au bénéfice du régime dotal, parce que c'est un acte irrévocable et une garantie pour les enfants. Mais, qu'on le remarque bien, tant que le mariage n'est pas célébré, les époux sont parfaitement les maîtres, après avoir fait un contrat, d'y renoncer ou de le modifier comme bon leur semble. La célébration seule du mariage appose aux conventions matrimoniales le sceau de l'irrévocabilité. Quant aux ascendants et aux donateurs qui ont été parties aux contrats de mariage, ils doivent prendre leurs précautions s'ils veulent empêcher les fausses déclarations qui pourraient nuire aux effets du contrat de mariage, et ils doivent surveiller les époux et s'informer du lieu où le mariage sera célébré,

afin d'y intervenir et d'avertir l'officier de l'état civil. Enfin, ils ont la ressource de la rectification de l'acte de célébration; mais les tiers, au contraire, n'ont aucune ressource de cette nature, et ils seront infailliblement lésés, si le législateur ne vient pas à leur secours. »

87. — Enfin, M. Valette fit observer, en faveur du système de la commission, que les Cours d'appel de Rouen et de Caen, consultées sur la réforme proposée, déclarèrent formellement qu'il fallait mettre à la charge de la femme toutes les suites de la fausse déclaration qu'elle croirait pouvoir se permettre. Elles considéraient que c'était là le seul remède contre les fraudes produites par la clandestinité des contrats de mariage; elles ne voulaient pas que les époux eussent le moyen de tromper impunément les tiers, en leur déclarant qu'ils se sont mariés sans contrat, et en venant ensuite revendiquer les biens achetés ou faire annuler l'hypothèque acceptée sur la foi de leur déclaration. L'opinion des deux Cours était d'autant plus remarquable que, dans le ressort de l'une et de l'autre, le régime dotal était très répandu, ce qui donne une force particulière à leurs observations. Ces Cours en effet ne craignaient pas, malgré la faveur dont jouissait le régime dotal dans leur ressort, de sacrifier son principe traditionnel de l'inaliénabilité à l'intérêt des tiers et du crédit.

88. — Pour ces divers motifs, l'amendement de M. Gavini tendant à infliger une amende aux époux contrevenants fut repoussé, et l'Assemblée adopta le texte que l'on a ajouté à l'article 1391. La sanction fut donc que la femme était *réputée, à l'égard des*

tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun. Il nous faudra déterminer le sens précis de la formule légale.

Mais, pour pouvoir préciser les cas d'application de cette sanction, écartons d'abord deux hypothèses où elle ne peut être invoquée par les tiers.

Nous nous sommes déjà expliqué sur la première, et nous ne ferons que la rappeler. La sanction du nouvel article 1391 ne s'applique pas quand l'acte de mariage est simplement muet sur l'existence du contrat de mariage ; cet article implique en effet qu'il y a eu une déclaration mensongère. L'omission que présente l'acte n'autorise pas les tiers à invoquer l'article 1391.

89. — Une seconde hypothèse où la sanction ne s'applique pas nous est indiquée par l'article 1391 lui-même. Elle se présente dans le cas où la femme, ayant fait une déclaration mensongère au sujet de son contrat de mariage, a fait connaître ensuite, dans l'acte qui contient son engagement, qu'elle a un contrat de mariage. La femme n'encourt pas une déchéance immédiate et irrévocable de ses droits, lorsque son contrat de mariage est mensonger. Il lui est encore permis de revenir sur sa fausse déclaration ; elle peut le faire lorsqu'elle traite avec des tiers, et, dans l'acte qu'elle passe avec eux, elle peut rétablir la vérité des faits.

Il est aisé de comprendre la partie finale de l'article 1391 en se reportant aux motifs qui l'ont inspirée. On a envisagé avant tout l'intérêt des tiers, on a voulu les protéger contre les clauses du contrat de mariage que les époux auraient pu déguiser frauduleusement. Or, ici les tiers ne sont plus lésés dans

leurs intérêts, puisqu'ils sont prévenus à temps de la situation particulière faite à la femme par son régime matrimonial. Ils n'ont plus à se plaindre, puisque aucun préjudice ne leur est causé.

Il importe peu d'ailleurs que la déclaration mensongère mentionnée dans l'acte de mariage soit démentie par le mari ou par la femme dans l'acte passé avec les tiers. La loi ne parle pas du mari, mais il n'est pas douteux pourtant que l'effet ne soit le même, car l'on peut toujours considérer le mari comme ayant parlé au nom de sa femme. Une solution identique s'impose dans les deux cas, puisque les tiers ont été prévenus de la fausseté de la déclaration primitive.

Ce que veut la loi, c'est que la déclaration rectificative soit contenue dans l'acte par lequel la femme s'engage. Qu'arriverait-il donc si le tiers avait simplement connu par une voie étrangère, autre que la révélation des époux, la teneur des conventions matrimoniales ? M. de Folleville pose la question sans y répondre, se contentant de dire que la loi de 1850 n'a pas visé ce cas exceptionnel. Nous croyons au contraire que l'esprit de la loi du 10 juillet 1850 autorise à répondre que les époux ne pourraient se prévaloir de ce fait pour opposer aux tiers leurs conventions matrimoniales. L'article 1391 est très précis : il ne réserve pas le cas où les tiers ont été avertis d'une façon quelconque, mais celui où ils ont été prévenus par une déclaration formelle des époux eux-mêmes. Ainsi, il faut toujours une déclaration des époux, et par une faveur de la loi cette déclaration peut être postérieure à la célébration du mariage ; mais ce serait étendre cette exception au

delà des termes de la loi que d'aller jusqu'à supprimer la nécessité de cette déclaration.

Nous pensons même qu'il est conforme à l'intention du législateur d'exiger une déclaration écrite. La déclaration contenue dans l'acte de mariage y étant écrite, il est naturel de demander une déclaration contraire, également écrite, dans l'acte contenant l'engagement de la femme. Le législateur a voulu, à notre avis, que la rectification de la déclaration primitive fût faite par la femme ou par son mari parlant pour elle, et par écrit dans l'acte contenant l'engagement de la femme (Marcadé, V, p. 422).

90. — Ceci posé, nous pouvons dire que la sanction de l'article 1391 s'applique lorsque l'acte de mariage déclare faussement que les époux sont mariés sans contrat et que cette déclaration n'est pas démentie par une déclaration contraire faite dans l'acte passé par la femme avec un tiers. Voilà ce qu'il faut supposer pour que la sanction s'applique ; c'est maintenant qu'il nous faut étudier cette sanction en elle-même. Que signifie au juste l'article 1391 par ces mots : *la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun* ?

Cet article signifie-t-il que la femme, quoique mariée, sera assimilée à la fille majeure de vingt et un ans (art. 488) et comme telle, sans s'inquiéter de son régime matrimonial, capable de contracter seule, sans avoir besoin de l'autorisation de son mari ou de justice, requise pour la femme mariée par les articles 215, 216, 217 et suivants du Code civil ? Non, assurément ; cette sanction dépasserait le but que la loi de 1850 s'est proposé.

Cette loi a voulu protéger les tiers contre une clause de dotalité qui leur serait inconnue ; elle n'avait pas à les protéger contre la situation de femme mariée de la femme avec laquelle ils contractent. Le contrat de mariage en effet aurait été ignoré des tiers au cas où la femme aurait déclaré qu'il n'existe pas, ce contrat dans cette hypothèse n'ayant reçu aucune publicité. Le mariage au contraire leur est connu. Nous raisonnons dans le cas où les tiers savent que la femme est mariée ; et d'ailleurs, ne le sauraient-ils pas, qu'ils n'auraient qu'à se reprocher à eux-mêmes leur imprévoyance, le mariage étant entouré d'assez de publicité pour que nul ne puisse l'ignorer. Il n'y aurait donc pas de motif, dans le cas où s'applique l'article 1391, de reconnaître à la femme la capacité dont jouit la fille mineure.

91. — Quel est alors le sens de l'article 1391 ? Faut-il dire que la femme, sous quelque régime qu'elle soit mariée, ne pourra plus, dans le cas où les époux auraient déclaré qu'ils n'ont pas fait de contrat, opposer aux tiers les conventions matrimoniales qu'elle leur a laissé ignorer, quelles que soient d'ailleurs ces conventions ? Non ; ce n'est pas là la portée de la loi de 1850.

Cette sanction eût été conforme pourtant à l'opinion exprimée par les Cours de Rouen et de Caen, et on avait proposé d'abord de l'appliquer. Voici en quels termes s'exprime le rapport de M. Valette à ce sujet :

« A l'Assemblée constituante, en 1848, un représentant, M. Hamard, fit une proposition conforme au vœu exprimé par les Cours d'appel de Rouen et de Caen. De même que ces Cours, il attachait à la

formalité nouvelle la sanction la plus sévère, celle de la nullité des conventions matrimoniales. Le 26 décembre 1848, un rapport sur cette proposition fut fait à l'Assemblée par M. Brillier, au nom du comité de législation. »

Mais, dans ce rapport, le comité repoussait la sanction proposée, pour la remplacer par des amendes et des dommages et intérêts. Depuis le rapport de M. Brillier, divers amendements au projet furent présentés. L'un d'eux, nous dit M. Valette, « règle avec une sage mesure l'influence que l'inobservation de la loi doit avoir sur la validité des clauses du contrat de mariage. Il n'admet ni la nullité absolue du contrat, ni même sa nullité indéfinie à l'égard des tiers ; il se borne à effacer, au profit de ces derniers, l'incapacité de la femme dotale, seule cause de fraude et d'erreur contre laquelle ils aient besoin d'une garantie spéciale. »

Il est donc manifeste que le mode de sanction consistant dans la nullité des conventions matrimoniales a été écarté par le législateur. Sa pensée a été seulement de défendre à la femme de se prévaloir, à l'encontre des tiers, de l'incapacité dotale qu'elle leur a tenue cachée. Nous aurons à apprécier si le législateur a été bien inspiré sur ce point ; mais que telle ait été sa pensée, c'est ce qu'il n'est pas possible de révoquer en doute. Nous pouvons citer encore ce passage du rapport de M. Valette qui précise le sens de l'article 1391 :

« On comprend quel est le sens de cette disposition. Il ne s'agit plus de frapper de nullité absolue (à l'égard de tous) les clauses des contrats de mariage, ni même de les annuler, dans tous les cas,

au profit des tiers. Toutes les fois que la clause dérogatoire au régime du droit commun n'affecte pas l'aliénabilité des biens de la femme, mais règle seulement les relations pécuniaires des époux, telles que les droits de jouissance et d'administration du mari , la législation actuelle est suffisante. En effet, si les tiers ont des doutes sur l'étendue des droits pécuniaires (propriété et jouissance) qui appartiennent au mari ou à la femme, ils ont une ressource facile : c'est d'exiger la signature des deux époux. Supposons, par exemple, qu'il s'agisse d'un immeuble appartenant à la femme, et que le mari propose de donner à bail, en qualité d'administrateur légal de la communauté : si le tiers craint que la femme, au lieu d'être mariée en communauté, ne soit séparée de biens, et que, plus tard, elle ne vienne demander la nullité du bail, comme fait indûment par le mari, le tiers, disons-nous, peut éviter ce danger en exigeant que la femme signe l'acte de bail. Mais comment se mettre à l'abri des effets du régime dotal, s'il a été stipulé à l'insu du public, et si, mensongèrement, les époux allèguent s'être mariés sans contrat ? Nous l'avons dit plusieurs fois, la femme dotale ne s'oblige valablement que sur ses biens paraphernaux ; et, si elle a constitué en dot tous ses biens présents et à venir, elle peut, même avec une grande fortune, n'avoir rien à aliéner ni à engager en s'obligeant. C'est uniquement de cette sorte d'incapacité occulte que les auteurs du projet entendent parler lorsqu'ils disent que si la déclaration prescrite a été omise ou se trouve fausse, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun.

« On le voit donc, l'inobservation de la loi nouvelle n'entraînera point, en principe, la nullité, même relative, de toutes les clauses des contrats de mariage. Elle empêchera seulement la femme de se prévaloir de l'inaliénabilité exceptionnelle qui dérive du régime dotal. Et, nous le répétons, le législateur doit intervenir dans ce cas particulier, parce que c'est le seul aujourd'hui où les tiers soient (à moins de ne pas traiter) sans défense contre la mauvaise foi des époux. Vainement exigeraient-ils le concours des époux à la signature de l'acte ; la femme n'en pourrait pas moins se faire restituer contre son engagement. »

92. — Telle est donc la sanction édictée par l'article 1391. On a voulu seulement protéger les tiers contre le péril particulier qu'ils peuvent courir, en traitant avec une femme qu'ils ne savent pas mariée sous le régime dotal. La loi de 1850 ne va pas au delà. Elle empêche les époux de pouvoir invoquer la clause de dotalité, mais elle ne les répute pas mariés sans contrat.

En conséquence, si les tiers ont traité avec le mari, la loi de 1850 ne leur donne pas le droit de saisir le mobilier de la femme comme étant tombé en communauté (Guillouard, I, 201).

Supposons d'autre part qu'un tiers, traitant avec un mari qui se dit marié sans contrat, reçoive de lui à bail un bien de sa femme et que l'acte de célébration porte qu'il est marié sans contrat. Plus tard, la femme apporte à ce tiers la preuve qu'elle est mariée sous la séparation de biens, ce qui fait qu'elle a conservé l'entière administration de ses biens meubles et immeubles (art. 1536), et elle demande la nullité du bail. Le tiers ne peut pas invoquer la loi de 1850

pour prétendre que, quant à lui, la femme doit être réputée mariée sans contrat et que le bail doit être maintenu (Marcadé, V, p. 442 et 453).

A plus forte raison le contrat de mariage reste opposable aux tiers, malgré la déclaration fausse, pour constater la propriété et la consistance des apports de la femme, ainsi que les donations faites aux époux par des tiers ou par l'un des époux à l'autre (Aubry et Rau, V, p. 251).

Enfin, nous citerons, comme dernier exemple, une autre hypothèse où les tiers ne pourraient pas davantage se retrancher derrière la loi de 1850. Supposons que deux époux, mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, aient dissimulé leur contrat. Pendant le mariage, une succession purement mobilière s'ouvre au profit de la femme; d'après le régime adopté, cette succession reste propre à la femme et ne tombe pas en communauté (art. 1498). Le mari n'en a pas la libre disposition comme il l'aurait sous la communauté légale, en vertu de l'article 1421. Néanmoins, il propose à un tiers de lui vendre tout ou partie de cette succession. Le tiers, consultant l'acte de mariage des époux, y lit qu'ils sont mariés sans contrat, et consent à se rendre acquéreur. La femme pourra, en apportant la preuve qu'elle est mariée sous la communauté réduite aux acquêts, faire rescinder l'aliénation consentie par son mari. La loi de 1850 ne protège pas le tiers dans cette hypothèse, parce qu'elle n'a en vue, comme nous l'avons montré, que la protection des tiers contre les conséquences de l'incapacité si dangereuse de la femme dotale (de Folleville, *loc. cit.*, p. 276 et s.).

93. — Nous nous demanderons à présent s'il n'eût

pas été préférable d'admettre une solution beaucoup plus large, et de décider que la femme qui a fait une déclaration mensongère relativement à son contrat de mariage, serait toujours déchue du droit d'invoquer ses conventions matrimoniales contre les tiers, quel que soit d'ailleurs le régime adopté dans le contrat ; dans ce système, la femme serait réputée mariée sans contrat, à l'égard des tiers, et par conséquent sous le régime de la communauté légale, conformément à l'article 1393. C'était le système des Cours de Caen et de Rouen ; il avait été proposé à l'origine, mais nous avons montré qu'il n'avait pas été consacré par le législateur.

Nous pensons que ce système aurait pourtant répondu d'une façon plus complète aux exigences de la pratique. Sans doute, l'on comprend que les législateurs aient été surtout frappés du danger que présente pour les tiers une clause de dotalité qu'on leur cache, et qui, au moment où elle est révélée, est une arme dirigée contre eux ; mais est-ce là une raison pour ne pas les protéger aussi dans les autres hypothèses ? Nous connaissons la raison qu'on en a donnée et que M. Valette a fait valoir dans son rapport : les tiers peuvent sauvegarder leurs intérêts en faisant intervenir la femme au contrat de prêt ou d'aliénation, soit comme co-obligée conjointe, soit comme co-obligée solidaire, soit même comme simple caution. Ces moyens au contraire seraient impuissants à protéger les tiers contre l'existence éventuelle d'un contrat de mariage stipulant le régime dotal, puisque sous ce régime la femme est frappée d'une incapacité spéciale. Ces observations sont exactes ; mais pourquoi la loi impose-t-elle aux tiers

la nécessité de recourir à ce luxe de précautions et de garanties ? Le crédit public souffre, à coup sûr, de cet état de choses ; une bonne législation doit, autant que possible, écarter les obstacles qui gênent les transactions. Nous pensons donc que le législateur aurait dû donner à la loi une portée plus générale et réputer dans tous les cas mariés sans contrat, à l'égard des tiers, les époux qui ont dissimulé leur contrat de mariage.

94. — On a pourtant proposé un moyen de donner satisfaction aux tiers dans les cas où la loi de 1850 les laissait sans protection, dans ceux, par exemple, où la femme serait mariée sous le régime exclusif de communauté, sous la communauté réduite aux acquêts, sous la séparation de biens. Sans doute, on reconnaît dans ces divers cas à la femme le droit de faire annuler le prêt ou l'aliénation consentis indûment par le mari ; mais en même temps on admettrait que les tiers, qui ont souffert par la faute de la femme de l'erreur où ils se sont trouvés sur l'existence du contrat de mariage, peuvent obtenir d'elle des dommages et intérêts. La femme, dit-on, en ne déclarant pas à l'officier de l'état civil l'existence de son contrat de mariage, a commis un quasi-délit dont elle doit réparation en vertu des articles 1382 et 1383. Or précisément la meilleure réparation qu'elle puisse donner, c'est de ne plus invoquer au préjudice de ces tiers le contrat de mariage qu'elle leur a tenu caché ; on arriverait ainsi par un détour au même résultat que si la loi de 1850 avait été faite pour ces hypothèses.

Nous ne saurions accepter cette théorie qui, sous une apparence d'équité, viole ouvertement la loi de

1850. Il est manifeste que cette doctrine est contraire à l'intention du législateur. Si nous pouvons regretter que cette loi n'ait pas reçu une portée plus large, nous ne pouvons la lui donner d'une façon indirecte ; elle ne s'est occupée que de la femme mariée sous le régime dotal ; la femme mariée sous un autre régime échappe par là aux conséquences de l'article 1382. (Colmet de Santerre, VI, p. 17 et 18).

TROISIÈME PARTIE

DES FRAIS DU CONTRAT DE MARIAGE.

CHAPITRE PREMIER.

QUELS SONT CES FRAIS ET COMMENT SONT-ILS DÉTERMINÉS.

95. — Les frais du contrat de mariage sont de deux sortes : les honoraires du notaire et les droits d'enregistrement.

Les honoraires des notaires pour la rédaction des contrats de mariage ne sont fixés par aucune loi. Il appartient aux tribunaux de les régler en cas de contestation des parties, en tenant compte des difficultés de rédaction du contrat et de la plus ou moins grande responsabilité encourue par le notaire. Cette solution paraît conforme à la règle d'équité posée dans l'article 173 du tarif établi par décret du 16 février 1807.

Pour cette fixation, les tribunaux ne sont liés par aucun tarif. Toutefois, ils peuvent tenir compte, dans la mesure qu'ils jugent convenable, du tarif adopté par les notaires (1).

(1) Trib. de Nîmes, 18 févr. 1880, S. 81, 2, 144.

96. — Sur les droits d'enregistrement, quelques détails sont nécessaires. On sait que l'enregistrement est une formalité qui consiste dans la relation sur un registre d'un acte ou d'une mutation. Cette formalité est remplie par l'administration moyennant le paiement d'un droit. Le contrat de mariage est soumis à certains droits d'enregistrement.

La loi du 22 frimaire an VII, qui est la loi fondamentale en matière d'enregistrement, distingue les droits fixes et les droits proportionnels. L'application de chacune de ces sortes de droits est déterminée d'après la nature de l'acte. On peut dire que tout acte qui contient obligation, libération ou transmission de biens meubles ou immeubles, donne lieu au droit proportionnel; tout acte au contraire qui n'oblige pas, ne libère pas ou ne transmet pas, donne lieu au droit fixe. Le droit fixe est généralement considéré comme représentant le salaire de la formalité remplie par l'administration; le droit proportionnel implique de plus une contribution frappant les valeurs. Ces deux sortes d'impôts peuvent être dus à l'occasion d'un contrat de mariage; nous montrerons dans quels cas l'un et l'autre de ces droits sont appliqués.

97. — En vertu de la loi du 22 frimaire an VII, les contrats de mariage qui ne contiennent d'autres dispositions que les déclarations, de la part des futurs, de ce qu'ils apportent eux-mêmes en mariage et se constituent, sans aucune stipulation avantageuse entre eux, étaient sujets à un droit fixe de 3 francs (art. 68, § 3-1°). Ce droit avait été élevé à 5 francs par la loi du 28 avril 1816 (art. 45-2°). Aujourd'hui, les contrats de mariage soumis antérieurement au droit fixe de 5 fr. sont assujettis à un droit fixe

gradué par la loi du 28 février 1872. La quotité de ce droit fixe gradué est déterminée par le montant net des apports personnels des futurs époux (art. 1-4°). Son taux est encore de 5 francs pour les sommes ou valeurs de 5.000 francs et au-dessous et pour les actes ne contenant aucune énonciation de sommes et valeurs, ni dispositions susceptibles d'évaluation ; il est de 10 francs pour les sommes ne dépassant pas 10.000 francs, mais supérieures à 5.000 francs, de 20 francs pour les sommes qui varient entre 10.000 francs et 20.000 francs. Enfin, le taux est de 20 francs par chaque somme ou valeur de 20.000 francs ou fraction de 20.000 francs (art. 2).

98. — Que faut-il entendre par apport ? D'après M. Mathieu-Bodet, rapporteur de la commission du budget en 1872, l'apport, c'est l'avoir *déterminé* des futurs époux, en laissant de côté les donations qui leur sont faites par les parents ou les étrangers ; d'autre part, *c'est tout ce dont les futurs époux sont propriétaires*. Nous pensons au contraire avec tous les auteurs qu'il ne faut entendre par apport, dans le sens de la loi fiscale de 1872, que les biens que les futurs époux jugent à propos de déclarer. La loi du 28 février 1872 en effet, en tarifant à 5 fr. les actes qui ne contiennent aucune énonciation de sommes et valeurs, ni dispositions susceptibles d'évaluation, permet implicitement aux futurs de ne pas déclarer toute leur fortune (1).

99. — Mais si les apports des futurs époux sont soumis à un droit, il n'en est pas de même des recon-

(1) Demante, 2e suppl., 163, 206, 207.

sont contenues dans un contrat de mariage, il faut distinguer avec soin si la donation est actuelle, ou si elle est subordonnée dans son effet et sa réalisation au prédécès du donateur.

102. — Lorsque la donation est une donation entre-vifs, il y a lieu d'acquitter un droit proportionnel en vertu de la loi du 22 frimaire an VII : «..... Si les futurs sont dotés par leurs ascendants, ou s'il leur est fait des donations par des collatéraux ou autres personnes non parentes, par leur contrat de mariage, les droits dans ces cas sont perçus suivant la nature des biens, ainsi qu'ils sont réglés dans les paragraphes 4, 6 et 8 de l'article suivant. » (Art. 68, § 3-1°, dernier al.) Sont soumises au même droit proportionnel les donations entre époux qui présentent le caractère de donations entre-vifs.

Le droit proportionnel qui est dû dans ces hypothèses est un droit réduit ; il est de la moitié de ce qu'il serait si la donation était faite par un contrat ordinaire. Le législateur a accordé cette réduction par faveur pour le mariage. Mais il ne suffit pas, pour qu'une donation profite de ce tarif réduit, qu'elle soit faite en considération du mariage, il faut qu'elle soit faite dans le contrat de mariage même. Toute autre transmission à titre gratuit entre-vifs retombe sous l'application du tarif ordinaire (Loi du 22 frimaire an VII, art. 69, § 4-1°, § 6-1° et 2°, § 8-1°).

103. — Lorsque la donation est éventuelle, subordonnée au prédécès du donateur, le droit au contraire est fixe. Il est de 7 fr. 50. Il frappe les testaments et tous autres actes de libéralité qui ne contiennent que des dispositions soumises à l'événement du décès, et les dispositions de même nature

qui sont faites par contrat de mariage entre les futurs ou par d'autres personnes.

Ce droit était primitivement de 3 francs (Loi du 22 frimaire an VII, art 68, § 3-5°). Il a été porté à 5 francs par la loi du 28 avril 1816 (art. 45-4°). Enfin, il a été augmenté de moitié par la loi du 28 février 1872 (art. 4) ; il est donc maintenant de 7 fr. 50.

L'institution contractuelle est soumise à cet impôt. On sait qu'elle a un double caractère, qu'elle participe à la fois à la donation entre-vifs, en ce sens qu'elle est, dans une certaine mesure, irrévocable, et au testament, en ce sens qu'elle ne doit avoir effet qu'au décès du donateur. Mais on considère que ce dernier caractère domine l'autre, et c'est pour cela qu'on fait payer le droit fixe de 7 fr. 50.

104. — Ce sont des notaires qui doivent présenter à l'enregistrement les actes qu'ils ont reçus, en observant les délais déterminés par la loi (Loi du 22 frimaire an VII, art. 20). Ils sont tenus en outre d'en acquitter les droits même lorsque les parties ne leur en ont pas fait l'avance. La loi du 22 frimaire an VII (art. 29) dit en effet que *les droits des actes à enregistrer seront acquittés par les notaires pour les actes passés devant eux*. La jurisprudence a interprété cet article en disant que les notaires sont débiteurs directs et personnels des droits dont leurs actes sont susceptibles, sauf leur recours contre les parties, recours que l'article 33 de la même loi leur réserve en termes formels. En vertu de cet article combiné avec l'article 10, § 2, de la loi du 16 juin 1824, le défaut de paiement des droits par le notaire entraîne contre lui une amende de 10 francs, si le

contrat n'était passible que du droit fixe; si le contrat était passible d'un droit proportionnel, l'amende est d'une somme égale au montant du droit dû, sans préjudice du paiement de ce droit, et sans que le montant de la condamnation puisse être au-dessous de l'amende de 10 francs.

CHAPITRE II.

QUI DOIT PAYER LES FRAIS DU CONTRAT DE MARIAGE.

105. — C'est une question bien controversée que celle de savoir qui doit supporter les frais du contrat de mariage. Il y a, à cet égard, une grande incertitude dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Une première opinion consiste à dire que les frais du contrat et même les droits proportionnels d'enregistrement des constitutions dotales sont à la charge de ceux qui ont constitué la dot, du père et de la mère, par exemple, si la dot a été fournie par eux, ou de la femme, si c'est elle qui s'est constitué une dot. M. Troplong (I, 199), qui défend cette opinion, voit là une application de l'article 1248, d'après lequel les frais du paiement sont à la charge du débiteur. Il cite en faveur de son opinion un arrêt du 1er juillet 1829.

Cette opinion nous paraît manquer de tout fondement juridique. La dot, à l'égard du constituant, est toujours une libéralité. Le constituant est un donateur qui se dépouillle à titre gratuit ; ce n'est pas un débiteur qui paie en vertu d'une convention à titre

onéreux. Il en résulte que l'article 1248 ne saurait recevoir ici aucune application.

Comment peut-on songer à mettre les frais du contrat et les droits d'enregistrement à la charge du donateur ? Il est naturel au contraire de mettre le paiement des frais à la charge de celui qui retire un avantage de l'acte ; c'est à coup sûr le donataire. Il nous semble donc, contrairement à ce que pense M. Troplong, que le paiement doit être plutôt mis à la charge du donataire, à moins de convention contraire. L'article 1016 fournit d'ailleurs un argument. Il met les droits d'enregistrement des legs à la charge des légataires. Si le testateur est réputé par la loi ne pas avoir voulu grever ses héritiers de cette charge, à plus forte raison le donateur ne pourra-t-il pas être présumé avoir voulu se grever lui-même des frais de la donation ?

Quant à l'arrêt de la Cour de cassation du 1er juillet 1829 que cite M. Troplong comme consacrant son opinion, il ne nous paraît pas trancher la question. Dans l'espèce de cet arrêt, il avait été parfaitement reconnu par toutes les parties que les frais de mutation étaient à la charge de la femme donataire. Puis l'arrêt déclare que, au cas où il eût existé en faveur du mari un droit de répétition du coût du contrat de mariage, des honoraires du notaire et des frais de quittance par lui avancés, il n'aurait pu les répéter que contre ceux qui avaient constitué la dot. Mais c'est là une pure hypothèse envisagée par l'arrêt, et la Cour n'a certainement pas voulu par là décider que les frais du contrat de mariage devaient être à la charge des constituants plutôt qu'à la charge du mari.

106. — D'après une seconde opinion soutenue par MM. Rodière et Pont (I, 196), la question du paiement des frais du contrat de mariage doit être résolue en distinguant les divers frais d'après leur nature et en tenant compte du régime sous lequel les époux sont mariés.

Supposons d'abord les époux mariés sous le régime de la communauté sans qu'il y ait eu séparation de dettes ; alors les frais de toute sorte qui doivent être payés à l'occasion du contrat de mariage sont à la charge de la communauté ; ce sont en effet des dettes mobilières.

Mais supposons que les époux soient mariés sous le régime de la communauté avec séparation de dettes ou sous un régime autre que celui de la communauté ; dans ces hypothèses, MM. Rodière et Pont proposent des distinctions selon la nature des divers frais.

Les droits proportionnels de mutation dus à l'occasion des libéralités faites à l'un des conjoints sont dus entièrement par le conjoint donataire, que ce soit le mari ou la femme, car c'est le donataire seul qui profite de la disposition. Toutefois, une différence est signalée entre les libéralités faites au mari et celles faites à la femme. Si la donation est faite à la femme, et que, par suite des clauses du contrat de mariage, le mari doit avoir la jouissance des biens compris dans cette donation, celui-ci devra faire l'avance des droits, conformément à ce que l'article 612 du Code civil dispose relativement à l'usufruit, sauf le droit pour le mari de répéter ces frais à la dissolution du mariage.

Il en est différemment dans cette théorie pour

tous les droits autres que les droits proportionnels de mutation.

Pour les droits fixes d'enregistrement que certaines clauses des contrats de mariage peuvent entraîner, ces droits, à raison de leur modicité, seraient mis à la charge du mari, sans qu'il puisse les répéter, toutes les fois que, d'après le contrat de mariage, il doit avoir la jouissance de tous les biens de sa femme ; on considère ces frais comme une charge des fruits. MM. Rodière et Pont inclinent même à penser que le mari doit ces frais en entier, par le seul fait qu'une dot a été constituée. Moyennant cette constitution, disent-ils, il s'est chargé pour ainsi dire à forfait de toutes les charges du mariage, et les frais du contrat notarié forment naturellement le premier article d'un chapitre destiné en général à devenir bien long.

Enfin MM. Rodière et Pont mettent sur le même rang que les droits fixes d'enregistrement les honoraires du notaire. Ces honoraires, il est vrai, sont en général réglés d'après l'importance de la dot, ce qui pourrait conduire à les assimiler aux droits proportionnels de mutation Mais, comme ces honoraires sont ordinairement réglés en bloc, et moins élevés que les droits de mutation, ces auteurs pensent qu'il est plus équitable de décider que le mari les doit en entier toutes les fois que la femme est dotée, et qu'il doit payer à lui seul le notaire, « comme il doit payer à lui seul le repas de noces. »

En résumé, dans la théorie de MM. Rodière et Pont, les frais du contrat ne doivent être supportés entre les époux par portions égales que dans le cas rare où le contrat de mariage ne confère au mari

aucun avantage, comme au cas de séparation de biens pure et simple. Et encore paraissent-ils admettre que la femme sera affranchie en totalité des frais si, conformément aux articles 1537 et 1575 du Code civil, elle a abandonné à son mari le tiers de ses revenus.

Cette théorie que nous avons longuement exposée, peut être acceptée en partie. Nous nous rangerons à l'opinion de MM. Rodière et Pont en ce qui touche les droits proportionnels de mutation, mais nous rejetons au contraire leur système en ce qui touche tous les autres droits. Selon nous, c'est une idée inexacte que de considérer ces derniers droits comme constituant une des charges du mariage dont ils formeraient le premier article.

107. — Dans un troisième système adopté par un arrêt de la Cour de Dijon (1), les frais du contrat de mariage seraient bien une charge personnelle des époux et non une charge du mariage, mais elle se diviserait entre les deux époux dans la proportion de leurs apports respectifs. On en donne pour raison que c'est dans la mesure de ces apports que les époux sont chacun intéressés à la rédaction du contrat de mariage.

108. — Enfin, il est un quatrième système que nous préconiserons. Ce système distingue deux ordres d'idées que l'on a trop souvent confondus. Il faut se demander qui est obligé de payer les frais du contrat de mariage, c'est-à-dire contre qui les créanciers de ces frais pourront diriger leur action. En second lieu, il faut voir, lorsque la dette est payée, qui doit la supporter définitivement: est-ce l'époux

(1) Dijon, 3 déc. 1869, S. 1870, 2, 17.

tous les droits autres que les droits proportionnels de mutation.

Pour les droits fixes d'enregistrement que certaines clauses des contrats de mariage peuvent entraîner, ces droits, à raison de leur modicité, seraient mis à la charge du mari, sans qu'il puisse les répéter, toutes les fois que, d'après le contrat de mariage, il doit avoir la jouissance de tous les biens de sa femme ; on considère ces frais comme une charge des fruits. MM. Rodière et Pont inclinent même à penser que le mari doit ces frais en entier, par le seul fait qu'une dot a été constituée. Moyennant cette constitution, disent-ils, il s'est chargé pour ainsi dire à forfait de toutes les charges du mariage, et les frais du contrat notarié forment naturellement le premier article d'un chapitre destiné en général à devenir bien long.

Enfin MM. Rodière et Pont mettent sur le même rang que les droits fixes d'enregistrement les honoraires du notaire. Ces honoraires, il est vrai, sont en général réglés d'après l'importance de la dot, ce qui pourrait conduire à les assimiler aux droits proportionnels de mutation. Mais, comme ces honoraires sont ordinairement réglés en bloc, et moins élevés que les droits de mutation, ces auteurs pensent qu'il est plus équitable de décider que le mari les doit en entier toutes les fois que la femme est dotée, et qu'il doit payer à lui seul le notaire, « comme il doit payer à lui seul le repas de noces. »

En résumé, dans la théorie de MM. Rodière et Pont, les frais du contrat ne doivent être supportés entre les époux par portions égales que dans le cas rare où le contrat de mariage ne confère au mari

aucun avantage, comme au cas de séparation de biens pure et simple. Et encore paraissent-ils admettre que la femme sera affranchie en totalité des frais si, conformément aux articles 1537 et 1575 du Code civil, elle a abandonné à son mari le tiers de ses revenus.

Cette théorie que nous avons longuement exposée, peut être acceptée en partie. Nous nous rangerons à l'opinion de MM. Rodière et Pont en ce qui touche les droits proportionnels de mutation, mais nous rejetons au contraire leur système en ce qui touche tous les autres droits. Selon nous, c'est une idée inexacte que de considérer ces derniers droits comme constituant une des charges du mariage dont ils formeraient le premier article.

107. — Dans un troisième système adopté par un arrêt de la Cour de Dijon (1), les frais du contrat de mariage seraient bien une charge personnelle des époux et non une charge du mariage, mais elle se diviserait entre les deux époux dans la proportion de leurs apports respectifs. On en donne pour raison que c'est dans la mesure de ces apports que les époux sont chacun intéressés à la rédaction du contrat de mariage.

108. — Enfin, il est un quatrième système que nous préconiserons. Ce système distingue deux ordres d'idées que l'on a trop souvent confondus. Il faut se demander qui est obligé de payer les frais du contrat de mariage, c'est-à-dire contre qui les créanciers de ces frais pourront diriger leur action. En second lieu, il faut voir, lorsque la dette est payée, qui doit la supporter définitivement : est-ce l'époux

(1) Dijon, 3 déc. 1869, S. 1870, 2, 17.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

INTRODUCTION HISTORIQUE. 3

PREMIÈRE PARTIE

DE LA FORME DU CONTRAT DE MARIAGE

CHAPITRE Ier. — Qui doit procéder à la rédaction du contrat de mariage. 15

CHAPITRE II. — Des personnes qui doivent être présentes à la rédaction du contrat de mariage. 25

CHAPITRE III. — De l'époque à laquelle le contrat de mariage doit être rédigé. 32

CHAPITRE IV. — Du caractère et des effets de la nullité du contrat de mariage pour défaut de formes. 37

CHAPITRE V. — Du contrat de mariage du Français à l'étranger. 54

DEUXIÈME PARTIE

DE LA PUBLICITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE

TITRE Ier

De la publicité requise par le Code de commerce

CHAPITRE Ier. — Généralités sur la publicité du régime matrimonial. 63

CHAPITRE II. — De la publicité du contrat lorsque l'époux est commerçant au moment du mariage. 65

CHAPITRE III. — De la publicité du contrat lorsque l'époux devient commerçant pendant le mariage. 69

TITRE II

De la publicité requise par la loi du 10 juillet 1850

CHAPITRE Ier. — But et portée de la loi du 10 juillet 1850. 78
CHAPITRE II. — Des diverses obligations imposées par la loi du 10 juillet 1850. . . . . .
Section Ire. — Des obligations imposées aux notaires. . 89
Section II. — Des obligations imposées aux officiers de l'état civil. 96
Section III. — Des obligations imposées aux futurs époux et aux personnes qui autorisent le mariage. . . 105
Section IV. — Des obligations imposées aux procureurs de la République. 108
CHAPITRE III. — De la sanction établie contre les époux par la loi du 10 juillet 1850. 112

TROISIÈME PARTIE

DES FRAIS DU CONTRAT DE MARIAGE

CHAPITRE Ier. — Quels sont ces frais et comment sont-ils déterminés ? 131
CHAPITRE II. — Qui doit payer les frais du contrat de mariage ? 139

POSITIONS

—

DROIT ROMAIN

I. — La tutelle perpétuelle des femmes a été introduite pour assurer la conservation des biens de la femme.

II. — A l'origine, il n'y a mariage que là où il y a *manus*, et réciproquement.

III. — On ne peut considérer avec certains auteurs le mariage avec *manus* comme particulier aux *plébéiens*.

IV. — La *manus* n'a pas été commune, dès les premiers temps de Rome, aux *patriciens* et aux *plébéiens*.

V. — La femme ne pouvait, au moyen de la *coemptio*, opérer une sorte d'achat sur la personne du mari.

VI. — La *coemptio* est antérieure à l'*usus*.

VII. — On ne saurait restreindre les effets de la *manus* au patrimoine de la femme.

VIII. — Le mari est tenu, en cas de divorce, de restituer à la femme les biens qu'elle lui a apportés.

IX. — La rupture du mariage ne pouvait avoir lieu, à l'origine, que par la mort de l'un des conjoints.

X. — Le divorce fut, dans les premiers temps de son application, réservé au mari.

DROIT FRANÇAIS.

I. — Le contrat de mariage, rédigé par acte sous seing privé et déposé dans l'étude d'un notaire avant le mariage, n'est valable qu'autant que l'acte relate la convention sous seing privé et la déclaration des parties qu'elles entendent y persister.

II. — Les parents des futurs époux ne peuvent figurer au contrat de mariage à la place de leurs enfants, en se portant fort pour eux.

III. — Dans le cas où la nullité du contrat de mariage provient du défaut de présence à l'acte de l'un des époux, il est néanmoins frappé de nullité absolue.

IV. — Le contrat de mariage, nul pour vice de forme, n'est pas susceptible de confirmation, à quelque époque qu'on se place.

V. — Le Français qui se marie à l'étranger ne fera un contrat de mariage valable que par acte authentique. Mais les formes instrumentaires de cet acte authentique seront régies par la *lex loci actus*.

VI. — Il n'y a pas de dispense de publicité, comme paraît le faire supposer l'article 67 du Code de commerce, dans le cas où les époux sont mariés sous le régime sans communauté.

VII. — Les époux qui deviennent commerçants pendant le mariage sont tenus d'assurer la publicité de leur contrat de mariage, même s'ils sont mariés sous un régime autre que le régime dotal ou celui de la séparation de biens.

VIII. — Les formalités imposées par la loi de 1850 au notaire qui reçoit un contrat de mariage ne sont pas applicables aux contre-lettres ou actes modificatifs de ce contrat.

IX. — Le dernier alinéa de l'article 1391 n'a en vue que la protection des tiers contre la dissimulation d'une clause de dotalité.

X. — Pour savoir qui doit supporter les frais du contrat de mariage, il faut distinguer le droit de poursuite des créanciers et la contribution des époux dans leurs rapports entre eux.

DROIT PÉNAL

I. — Le délai de la prescription de l'action publique est déterminé par la qualification des faits telle qu'elle résulte des débats.

II. — L'action civile, à la différence de l'action publique, n'est pas éteinte par l'amnistie.

HISTOIRE DU DROIT

I. — La communauté n'apparaît avec son véritable caractère qu'à l'époque de la féodalité.

III. — Le point de départ de l'institution contractuelle se trouve dans les institutions germaniques.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Le pouvoir judiciaire n'est pas une branche distincte du pouvoir exécutif.

Vu par le président de la thèse,
ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
A.-ED. CHAIGNET.

POITIERS. — TYPOGRAPHIE OUDIN.